Die

summarischen bürgerlichen

Processe.

Die summarischen bürgerlichen Processe

nach

Königlich Sächsischem Rechte

dargestellt von

Dr. Robert Osterloh,
ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Leipzig.

Dritte sehr vermehrte und verbesserte Auflage.

Verlag von Bernhard Tauchnitz
Leipzig, 1857.

Vorrede
zur ersten Auflage.

Als ich in den Jahren 1843 und 1844 mit der Herausgabe einer systematischen Darstellung des ordentlichen bürgerlichen Processes nach Königlich Sächsischem Rechte beschäftigt war, lag es noch nicht in meiner Absicht, dieser Darstellung des ordentlichen bürgerlichen Processes eine Bearbeitung der summarischen bürgerlichen Processe folgen zu lassen. Denn es hatte sich mir bei Gelegenheit der Ansammlung von Material zur Bearbeitung des Proceßrechts die Ueberzeugung aufgedrängt, daß es von geringem Nutzen sein werde, eine nur summarisch gehaltene Zusammenstellung der die summarischen Processe betreffenden gesetzlichen Bestimmungen zu liefern, wie sich solche in den meisten Compendien findet, und daß es daher, um dem in Folge des Erscheinens mehrerer neuer Gesetze mehr und mehr gesteigerten Bedürfnisse wenigstens einigermaßen zu entsprechen, unumgänglich nöthig sei, bei einer neuen Darstellung der summarischen Processe nach Königlich Sächsischem Rechte auf specielle Fragen mehr einzugehen, als dieß gewöhnlich geschehen ist, ohne dabei diejenigen Grenzen zu überschreiten, welche zwischen einem Handbuche und einer Monographie nothwendig festgehalten werden müssen. Dabei konnte ich mir nicht verhehlen, daß die Berührung specieller Fragen bei Bearbeitung der summarischen Proceßarten mit um so größeren Schwierigkeiten verbunden sei, als es in vielen Fällen an allen gesetzlichen Unterlagen zur Entscheidung fehlt, indem diese Proceßarten nicht selten dem Gerichtsbrauche ihren Ursprung verdanken und von den Gesetzgebern nur nachträglich und zwar nur überdieß gewöhnlich in nur wenigen fragmentarischen Bestimmungen anerkannt worden sind. Der systematischen Ausbildung dieser Proceßarten und namentlich der Ausfüllung der vom Gesetz offen gelassenen Lücken durch den Gerichtsgebrauch steht aber wenigstens hinsichtlich mehrerer summarischen Proceßarten der Umstand im Wege, daß diese Proceßarten in der Praxis nur seltener vorkommen, wozu die ehrerbietige Scheu vor deren Anwendung, in welcher Richter und Advocaten miteinander zu wetteifern pflegen, nicht wenig beitragen mag. Unter solchen Umständen kann es nicht befremden, wenn der Bearbeiter der summarischen Proceßarten häufig auf Fragen stößt, deren Entscheidung unvermeidlich ist, über welche aber weder in den Gesetzen, noch in den Gerichtsarchiven genügende Aufklärung zu finden ist, weil in den ersteren entweder gar keine, oder doch nur ungenügende Normen sich vorfinden lassen, die etwa gefällten Entscheidungen aber, wenn das Eingehen auf eine Principfrage wirklich nicht vermieden werden konnte, nicht selten sich geradezu widersprechen. Ebenso beträchtlich, wie die Mei-

nungsverschiedenheit der Urthelsverfasser, ist auch die der wenigen Schriftsteller, welche es gewagt haben, die summarischen Proceßarten ausführlich und selbständig zu beleuchten. Nicht minder steht der Bearbeitung der summarischen Proceßarten der Uebelstand entgegen, daß mehrere dieser Proceßarten rein localer Natur sind und es daher nicht selten dem Bearbeiter an Gelegenheit mangelt, die practische Durchführung derselben durch eigene Anschauung und Erfahrung kennen zu lernen.

Nichtsdestoweniger habe ich der Bearbeitung der summarischen bürgerlichen Processe nach Königlich Sächsischem Rechte mich unterzogen, weil dieselben zu einer vollständigen Darstellung des Sächsischen Civilproceßrechts wesentlich gehören und weil ich mir sagen mußte, daß das Bedürfniß einer neuen Bearbeitung in Betreff dieser Proceßarten nicht minder fühlbar sei, als bei dem ordentlichen Processe. Indeß glaubte ich auch unter den summarischen Processen eine Auswahl treffen zu müssen. Denn zu den oben angegebenen Schwierigkeiten, welche der Bearbeitung der summarischen Processe überhaupt im Wege stehen, gesellt sich noch der Uebelstand, daß dem Bearbeiter der Königlich Sächsischen summarischen Processe daran gelegen sein muß, gründliche Bearbeitung mit möglichster Oeconomie im Umfange seiner Arbeit zu verbinden. Durch Hinweisung auf diesen Gesichtspunkt, von welchem ich ausgehen zu müssen glaubte, hoffe ich dem Vorwurfe der Unvollständigkeit im voraus begegnen zu können. Es fehlen nämlich in dem vorliegenden Werke mehrere summarische Proceßarten, deren Darstellung den Umfang des Hauptbuchs beträchtlich vermehrt haben würde, welche mir aber aus dem einen oder dem andern Grunde entbehrlicher zu sein schienen. Dahin gehört namentlich der Concursproceß, welchen ich nach dem Vorgange mehrerer anderer Bearbeiter der summarischen Processe vorzüglich aus dem Grunde wegließ, weil bei der Darstellung des Concursprocesses das damit im innigsten Zusammenhange stehende materielle Concursrecht füglich nicht entbehrt werden kann, die Darstellung dieses Letzteren aber bei gleicher Ausführlichkeit der Behandlung mit den übrigen Proceßarten, den Umfang der Arbeit außerordentlich vermehrt haben würde. Dahin gehört ferner der Handelsgerichtsproceß, welcher von mir bereits ausgearbeitet, lediglich aus dem Grunde weggeblieben ist, weil derselbe mehr localer Natur ist und hauptsächlich nur die zu Leipzig lebenden Juristen interessiren kann, dem Bedürfnisse dieser Leipziger Juristen aber durch die jüngst erschienene, sehr speciell gehaltene Monographie des Herrn Stadtgerichtsrath Haensel abgeholfen worden ist. Die specielle Bearbeitung des Bergprocesses, welcher überdieß ebenfalls mehr localer Natur ist, mußte Practikern überlassen bleiben, welche durch das Practiciren vor Berggerichten zu einer solchen Arbeit befähigter sind, als dieß bei mir der Fall ist. Den Wechselproceß endlich und das Verfahren in Ablösungs- und Gemeinheitstheilungssachen glaubte ich aus dem Grunde weglassen zu dürfen, weil der

erstere durch die bevorstehende Einführung einer neuen Wechselordnung in nächster Zeit wesentliche Abänderungen erleiden, der letztere dagegen in Folge der nunmehr größtentheils vollendeten Ablösungen und Gemeinheitstheilungen bald gänzlich antiquirt werden wird. Auch sind die Abweichungen des Verfahrens bei Ablösungen und Gemeinheitstheilungen in meinem Handbuche des ordentlichen Processes an den betreffenden Stellen, namentlich §. 155. §. 279. not. 30. und §. 329. not. 14. möglichst vollständig bereits angegeben worden. Hierzu kommt, daß die meisten der von mir weggelassenen summarischen Proceßarten in Monographien zum Gegenstande besonderer Bearbeitungen gemacht worden sind.

Demnach enthält die vorliegende Arbeit, unter Ausscheidung der angegebenen Proceßarten, im **ersten Hauptstücke** die Einleitung, in welcher die sämmtlichen summarischen Processe classificirt und im Allgemeinen charakterisirt werden, im **zweiten Hauptstücke** dagegen die Lehre von den einzelnen summarischen Processen, und zwar im **ersten Abschnitte** die Darstellung des **unbestimmten summarischen Processes** mit Einschluß des dahin ebenfalls zu rechnenden Rechnungs- und Arrestprocesses, im **zweiten Abschnitte** die **bestimmten summarischen Proceßarten** und zwar von diesen nur den Urkundenproceß mit seinen Unterarten, dem Executiv- und Executionsprocesse, jedoch mit Ausschluß des Wechselprocesses, die Besitzprocesse, und zwar den summarischen, ordentlichen und Spolienproceß, das Verfahren in geringfügigen und Bagatellsachen, die Provocationsprocesse ex lege „Diffamari" und ex lege „Si contendat," den Edictalproceß, jedoch mit Ausschluß des Concursprocesses und den Eheproceß mit seiner Unterart, dem Desertionsprocesse.

Von einer eigentlich systematischen Darstellung der summarischen Processe kann übrigens aus dem Grunde füglich nicht die Rede sein, weil in diesen Processen die Grundsätze der ordentlichen Processe subsidiarisch gelten, und weil daher der Bearbeiter auf die Aufzählung der einer jeden Proceßart eigenthümlichen Abweichungen vom ordentlichen Processe in der Hauptsache sich zu beschränken hat. Dagegen habe ich es mir vorzüglich zur Aufgabe gemacht, bei den einzelnen summarischen Proceßarten zunächst auf die allgemeinen Grundsätze aufmerksam zu machen, durch welche eine jede dieser Proceßarten ein eigenthümliches Gepräge erhalten hat und ist daher der Darstellung des Verfahrens jedesmal ein Capitel vorausgeschickt worden, worin die Eigenthümlichkeiten jeder Proceßart möglichst übersichtlich zusammengestellt sich finden.

So übergebe ich denn dem juristischen Publicum diese zweite Arbeit mit dem Wunsche, daß derselben eine gleich freundliche Aufnahme zu Theil werden möchte, wie dieß in Betreff des ordentlichen bürgerlichen Processes der Fall gewesen ist.

Leipzig, den 18. März 1845.

Dr. Robert Osterloh.

Vorrede
zur zweiten Auflage.

Bei dem Erscheinen der gegenwärtigen zweiten Auflage meines Handbuchs der summarischen bürgerlichen Processe, welche eher nöthig geworden ist, als ich bei der Stärke der früheren Auflage erwarten durfte, kann ich mich füglich darauf beschränken, für die freundliche Aufnahme, welche auch dieser Arbeit zu Theil wurde, meinen freudigen Dank auszusprechen. Im Uebrigen paßt dasjenige, was ich in der Vorrede zur ersten Auflage gesagt habe, auch auf diese neue Auflage. Namentlich sind die Gründe, aus denen ich damals von der Bearbeitung des Handelsgerichtsprocesses, Bergprocesses und Wechselprocesses, sowie des Verfahrens bei Ablösungen und Gemeinheitstheilungen absehen zu dürfen glaubte, bis jetzt nicht weggefallen. Dagegen wird eine Darstellung des Concursprocesses als Nachtrag zu den summarischen Proceßarten besonders erscheinen. Uebrigens habe ich es mir angelegen sein lassen, durch möglichst vollständige Benutzung der neueren Litteratur, sowie durch Berücksichtigung einer sehr beträchtlichen Anzahl neuer zum Theil noch nicht veröffentlichter Präjudizien den praktischen und wissenschaftlichen Werth des Buches zu erhöhen. Auch sind der Abänderungen, Vervollständigungen und sonstigen Verbesserungen in den einzelnen Paragraphen nicht wenige und es hat sich daher die Seitenzahl beträchtlich vermehrt. Von der Uebersichtlichkeit der bisherigen Anordnung aber habe ich mich mehr und mehr überzeugt und daher diese bisherige Anordnung, die Paragraphen- und Notenzahlen, mit wenigen unbedeutenden Ausnahmen beibehalten. Ebenso habe ich die Richtigkeit der früher von mir aufgestellten Ansichten bei deren nochmaliger sorgfältiger Prüfung hinsichtlich der meisten Fragen, welche zu Zweifeln Veranlassung gegeben haben, bestätigt gefunden und nach Befinden die Gründe, welche mich in diesen Ansichten neuerdings bestärkten, in den Noten ausführlich dargelegt.

Möchte auch diese Arbeit, welche ich dem juristischen Publicum hiermit übergebe, einen Beleg liefern, daß ich die freundliche Nachsicht, welche mir zu Theil wurde, dankbar anerkenne und daß es mein unausgesetztes Streben ist, diese Nachsicht wirklich zu verdienen.

Leipzig, den 18. März 1847.

Dr. Robert Osterloh.

Vorrede
zur dritten Auflage.

Seit dem Erscheinen der zweiten Auflage meines Handbuchs der summarischen bürgerlichen Processe sind in dem Mechanismus der Sächsischen Rechtspflege überhaupt und in der für einzelne Fälle vorgeschriebenen außerordentlichen Procedur insbesondere so erhebliche theils gesetzliche, theils gerichtsbräuchliche Aenderungen eingetreten, daß ich mich bei Besorgung der gegenwärtigen dritten Auflage auf einen bloßen Wiederabdruck des Früheren unter Nachtragung der neueren Literatur und Entscheidungen nicht beschränken durfte, vielmehr genöthigt gewesen bin, die ganze Arbeit einer sorgfältigen Revision zu unterwerfen, welche wenigstens in einigen Abtheilungen einer völligen Umarbeitung nahe kommt. Weiter sind die Gründe, aus denen in den früheren Ausgaben die Darstellung des Wechselprocesses unterblieben war, in Folge der Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung und des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselproceß vom 7. Juni 1849 weggefallen und mithin die in dieser Proceßart geltenden Grundsätze in einem besonderen, dem sechsten Capitel (§. 44a. bis 44f.) darzustellen gewesen, wie denn auch das im Gesetze vom 24. December 1850 eingeführte Amortisationsverfahren wegen verloren gegangener Wechsel und kaufmännischer Anweisungen in der neuen Bearbeitung (§. 129ᵇ) nothwendig seinen Platz hat finden müssen. Endlich habe ich durch Darstellung des Exmissionsprocesses (§. 44g.), dessen vage lediglich auf localem Gerichtsgebrauche beruhende Natur zu vielfachen Irrthümern Veranlassung gegeben hat, sowie des Verfahrens in Pfändungssachen (§. 16) bei der Lückenhaftigkeit der darauf bezüglichen gesetzlichen Vorschriften einem vielfach gefühlten Bedürfnisse abzuhelfen gesucht. Dagegen bin ich der beim Erscheinen der zweiten Auflage übernommenen Verpflichtung, den Concursproceß zu bearbeiten, durch die im Jahre 1852 erschienene, auch das Sächsische Particularrecht berücksichtigende Umarbeitung des in Weiskes Rechtslexicon abgedruckten Artikels „Concurs"

überhoben worden, in welcher mein gelehrter Gönner und Freund Herr Geheimer Rath und Ordinarius Dr. Günther einen reichen Schatz von Erfahrungen niedergelegt hat, während die Gründe, aus denen die Darstellung des Verfahrens in Ablösungs- und Gemeinheitstheilungssachen früher unterblieben war, auch jetzt noch fortbestehen, der Bergproceß aber in Folge der Verordnung vom 8. Mai 1856 seine practische Bedeutung ohnehin verloren hat.

Findet nun in dem Gesagten die beträchtliche Vermehrung der Seitenzahl ihre hinreichende Erklärung, so habe ich dennoch, um die früheren Auflagen nicht völlig unbrauchbar zu machen, die bisherigen Paragraphenzahlen beibehalten und mir, wo die Einschaltung neuer Paragraphen unvermeidlich war, durch Bezeichnung dieser Zusatzparagraphen mit Buchstaben geholfen. Dagegen ist die Beibehaltung der bisherigen Notenzahlen leider in den bei weitem meisten Paragraphen unmöglich gewesen.

Da ich hoffen zu dürfen glaube, daß auch diese Auflage von meinem redlichen Streben, das Rechte zu finden, Zeugniß geben werde, so habe ich nur noch dem juristischen Publicum für die bisherige nachsichtsvolle Aufnahme dieses Handbuchs meinen lebhaftesten Dank auszusprechen.

Leipzig, den 4. September 1857.

Dr. Robert Osterloh.

Inhaltsverzeichniß.

Erstes Hauptstück.

Erstes Capitel.

Einleitung.

Zweites Hauptstück.

Von den einzelnen summarischen Proceßarten.

Erster Abschnitt.

Zweites Capitel.

Vom unbestimmten summarischen Processe.

Zweiter Abschnitt.

Von den bestimmten summarischen Processen.

Erste Abtheilung.

Vom Urkundenprocesse.

Drittes Capitel.

Vom Urkundenprocesse im Allgemeinen.

Viertes Capitel.

Vom Executivprocesse.

Fünftes Capitel.

Vom Executionsprocesse.

Sechstes Capitel.

Vom Wechselprocesse.

Siebentes Capitel.

Zweite Abtheilung.

Vom Besitzprocesse.

Achtes Capitel.

Vom Besitzprocesse im Allgemeinen.

Neuntes Capitel.

Vom Verfahren im summarischen Besitzprocesse.

Zehntes Capitel.

Eilftes Capitel.

Dritte Abtheilung.

Vom summarischen Processe wegen Geringfügigkeit des Proceßgegenstands.

Zwölftes Capitel.

Von den geringfügigen Rechtssachen im Allgemeinen.

Dreizehntes Capitel.

Vom Verfahren in geringfügigen Rechtssachen.

Vierzehntes Capitel.

Vom Verfahren in Bagatellsachen.

Seite

Vierte Abtheilung.

Vom Provocationsprocesse.

Fünfzehntes Capitel.

Vom Provocationsprocesse im Allgemeinen.

Sechszehntes Capitel.

Vom Verfahren im provocatorischen Processe ex lege „Diffamari.“

Siebenzehntes Capitel.

Vom Verfahren im provocatorischen Processe ex lege „Si contendat.“

Fünfte Abtheilung.

Vom Edictalprocesse.

Achtzehntes Capitel.

Vom Edictalprocesse im Allgemeinen.

Neunzehntes Capitel.

Von den einzelnen Arten des Edictalprocesses.

Seite

Sechste Abtheilung.

Vom Eheprocesse.

Zwanzigstes Capitel.

Vom Eheprocesse im Allgemeinen.

Einundzwanzigstes Capitel.

Vom Verfahren in Ehesachen.

Zweiundzwanzigstes Capitel.

Vom Desertionsprocesse.

Erstes Hauptstück.

Erstes Capitel.

Einleitung.

§. 1.

Feststellung des Begriffs der summarischen Processe.

Als Zweck des Processes bezeichnet man mit Recht die Wiederherstellung des gestörten Rechtszustands [1]. Dieser Zweck kann rechtlich [2] nur durch Anrufung der Staatshülfe erreicht werden [3]. Die Anrufung der Staatshülfe selbst sowohl, als das in Folge derselben zu Feststellung des Streitpunkts und zum Beweise der zwischen den Parteien streitigen Thatsachen stattfindende Verfahren, sowie die Wiederherstellung des gestörten Rechtszustands mittelst der Staatshülfe muß an bestimmte gesetzliche Formen gebunden sein, damit nicht nur beide Parteien gegen willkührliche Uebergriffe des Richters, sondern auch jede einzelne Partei gegen Chikanen ihres Gegners gesichert und das materielle Recht im formellen möglichst verwirklicht werde [4]. Uebermäßige Häufung der im Processe zu beachtenden Förmlichkeiten ist aber für

---

[1] v. Almendingen Metaphysik des Civilprocesses, Gießen 1821. II. Gensler Handbuch zu Martins Lehrbuch des gemeinen deutschen Processes, Jena 1821. §. 1. 3. v. Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Ausg. II. Erlangen 1804. I, 6 u. 7. II, 27. Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Proceß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Civilgesetzgebung, Aufl. III. Bonn 1838 fg. I. §. III. p. 16 fg. Mein ordentlicher bürgerlicher Proceß nach Königlich Sächsischem Rechte, Aufl. III. Leipzig 1851. §. 48. Mein Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, Leipzig 1856. §. 22.

[2] Factisch kann dieser Zweck auch durch Anwendung der Selbsthülfe erreicht werden, sobald der Berechtigte auch zugleich der Stärkere ist.

[3] Vergl. mein Handbuch des Sächsischen ordentl. Pr. §. 1 u. 38. Mein Lehrbuch §. 1 u. 15.

[4] Martin Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerl. Processes, Ausg. XI. Heidelberg 1834. §. 1 u. 8. v. Linde Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses. Ausg. VII. Bonn 1850. §. 1. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 1. Mein Lehrbuch §. 1.

den Rechtszustand ebenso nachtheilig, als allzugroße Beschränkung dieser Förmlichkeiten. Der Gesetzgeber muß daher bei Erlassung gesetzlicher Bestimmungen für das Proceßrecht beide angegebene Extreme zu vermeiden suchen und sein Streben dahin richten, die Realisirung des Rechtszustands, soweit dies ohne Nachtheil für die Gründlichkeit der Erörterung geschehen kann, durch Ausschließung nutzloser Formalitäten möglichst zu erleichtern. Das Ideal der Vereinigung beider Gesichtspunkte stellt der Gesetzgeber in dem ordentlichen Processe auf, welcher für die meisten Fälle passend sein muß und eben deshalb die Regel bildet. Hier ist den Parteien zur Entwickelung und zum Beweise der gegenseitigen Ansprüche, sowie zur Rechtsvertheidigung so viel Zeit und Gelegenheit gegeben, als dazu in der Regel in jeder Rechtssache erfordert wird[5]. Von dieser ordentlichen regelmäßigen Verfahrungsart können aber aus einem doppelten Grunde Ausnahmen nöthig werden. Weil nämlich die feierliche, an zahlreiche Formen gebundene Erörterung des zwischen den Parteien stattfindenden Rechtsverhältnisses, wie solche im ordentlichen Processe erfordert wird, in manchen Fällen die Rechtsverfolgung sehr erschweren, oder factisch ganz ausschließen würde, so müssen in diesen Ausnahmsfällen die Feierlichkeiten des ordentlichen Processes gänzlich oder doch theilweise ausgeschieden sein, damit das zwischen dem Gegenstande des Processes und den in der Regel erforderlichen Feierlichkeiten stattfindende Misverhältniß ausgeglichen werde. In anderen Fällen ist zwar keine Abkürzung oder Ausschließung der im ordentlichen Processe vorgeschriebenen Formen zuläßig, aber eine Abänderung derselben erforderlich, indem der Zweck des Processes bisweilen durch Substituirung anderer dem ordentlichen Processe fremder, also außerordentlicher, aber im concreten Falle zweckmäßigerer Normen besser erreicht werden kann[6]. Darnach

---

[5] v. Gönner l. l. IV, 70. Linde l. l. §. 323. Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Praxis, Heidelberg 1818 fg. VII, 20. p. 394 fg.

[6] Mittermaier d. gem. deutsch. bürgerl. Pr. rc. IV. §.II. p.79. Mühlenbruch Entwurf des gemeinrechtlichen Civilprocesses, Halle 1840. §. 426. Abweichungen von dem im ordentlichen Processe vorgeschriebenen regelmäßigen Verfahren werden also dann nöthig, wenn entweder nach der Natur der Streitsache eine kürzere Verhandlung ein ebenso genügendes Resultat ergiebt, oder deßhalb erfordert wird, weil die Kosten einer feierlichen Verhandlung den Streitgegenstand erschöpfen würden, oder wenn der mit Anwendung der Formen des ordentlichen Processes nothwendig verbundene Zeitverlust die Möglichkeit der Hülfsvollstreckung gefährdet, oder die Anwendung der Selbsthülfe, also eine

kennt die Rechtsverfassung aller Staaten und so auch die Königlich Sächsische[7] neben dem in der Regel üblichen ordentlichen Proceßverfahren noch andere außerordentliche Proceßarten, in denen die für den ordentlichen Proceß eingeführten feierlichen Formen keine oder doch nur beschränkte Anwendung leiden, nach Befinden aber auch neue, dem ordentlichen Processe fremde, meist kürzere Formen vorgeschrieben sind. Man bezeichnet diese außerordentlichen Proceßarten mit dem strenggenommen nur auf die in kürzerer Form zu verhandelnden Proceßarten passenden[8] Namen der summarischen Processe, processus summarii[9].

---

neue Rechtsverletzung veranlassen, oder sonst öffentliches oder Privatwohl bedrohen würde, oder wenn diese Formen des ordentlichen Processes wegen der Eigenthümlichkeit der Rechtssache zu keinem oder doch zu keinem genügenden Resultate führen würde. Vergl. W. H. Puchta über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen, Nürnberg 1819 p. 50 fg. v. Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Aufl. V. Giessen 1826. §. 221 fg. Martin l. l. §. 238. v. Linde l. l. §. 323. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. II. p. 64 fg.

7 Je mehr der Gesetzgeber das richterliche Ermessen im ordentlichen Processe beschränkt hat, um so häufiger werden voraussichtlich die Fälle sein, in denen das vorgeschriebene ordentliche Verfahren unangemessen ist. Darin findet die verhältnißmäßig beträchtliche Anzahl summarischer Proceßarten in Sachsen ihre Erklärung.

8 Das bezeichnende Merkmal der summarischen Proceßarten besteht demnach keineswegs ausschließlich in der Abkürzung der Procedur, da in dem einen oder dem anderen Falle die Feierlichkeiten des Verfahrens sogar gehäuft sein können. Mittermaier im Archiv f. d. civ. Pr. ꝛc. VII, 20. p. 390 u. 393. Derselbe d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. I. p. 44 fg. v. Bayer Theorie der summarischen Processe mit Ausschluß des Concursprocesses, Aufl. V. München 1843. §. 1. Indeß paßt derselbe auf die meisten außerordentlichen Verfahrungsarten.

9 Erl. Pr. O. I, 6 und Anhang §. 1. J. H. de Berger Electa processus executivi etc. Lipsiae 1745. §. 1. Biener Systema processus judiciarii et communis et Saxonici. Edit. Siebdrat et Krug, Berolini et Lipsiae 1834. §. 5. Kori Theorie der sächsischen summarischen Processe, Jena 1823. §. 1. Mein Handbuch des Sächs. ordentlichen Processes §. 43. v. Gönner l. l. IV, 70. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Erlangen 1797 fg. VI. §. 498. p. 156. Martin Lehrbuch §. 139 u. 238. W. H. Puchta Grenzen des Richteramts p. 51. Mühlenbruch Entwurf §. 235 u. 426. Mittermaier der gemeine deutsche bürg. Proceß ꝛc. IV. §. I. fg. Derselbe im Archiv für die civilistische Praxis VII, 20. p. 369 fg. Mein Lehrbuch §. 24. u. die übrigen unten §. 8. not. 2. angeführten Schriften. Der Name stammt aus dem römischen Rechte, wo die Ausdrücke: „summatim cognoscere," „summaria cognitio" vorkommen. Vergl. fr. 3. §. 9. Dig. ad exhibendum X, 4. fr. 1. §. 14. Dig. de ventre in possess. mitt. XXXVII, 9. fr. 3. §. 4. Dig. de Carbon. Ed. XXXVII, 10. fr. 15. §. 4. Dig. de re jud. XLII, 1. fr. 1. §. 9. Dig. de stip. praetor. XLVI, 5. Vergl. auch Clem. 2. de jud. II, 1. Clem. 2. de Verb. Sign. V, 11. Zimmern der römische Civilproceß ꝛc. Heidelberg 1829. §. 88 u. 142. Bethmann-Hollweg Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs ꝛc. Bonn 1834. §. 36. v. Savigny in der Zeitschrift f. geschichtliche Rechtswissenschaft, Berlin 1815 fg. VI. p. 230 fg.

§. 2.

Natur der summarischen Proceßarten.

Die summarischen Processe sind dem Gesagten zu Folge als Ausnahmen von der Regel zu betrachten[1]. Daraus folgt, daß in allen denjenigen Rechtssachen, in welchen summarisches Verfahren nicht vorgeschrieben ist, nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes verfahren werden muß, und daß auch im summarischen Processe, selbst wo dieser ausnahmsweise stattfindet, die Grundsätze des ordentlichen Processes zur Anwendung kommen, soweit nicht Abweichungen davon ausdrücklich eingeführt sind[2]. Die der Natur der Sache nach absolut wesentlichen Erfordernisse jedes Processes[3] dürfen auch in den einzelnen summarischen Proceßarten niemals fehlen[4]. Bei den positiv wesentlichen Erfordernissen ist eine solche Aenderung zwar möglich, aber nur ausnahmsweise erfolgt[5]. Daher beschränkt sich die Thätigkeit des Gesetzgebers bei Einführung und Normirung der summarischen Processe in der Regel nur auf die natürlichen Erfordernisse und auf die Zufälligkeiten im Processe. Demnach bedarf es auch hier zur Existenz des Processes der Natur der Sache nach dreier Subjecte, eines Klägers, Imploranten, Impetranten — eines Beklagten, Imploraten, Impetraten — und eines Gerichts[6], sowie objectiv einer Klage[7], einer wirklichen oder fingirten Klag=

---

[1] v. Gönner Handbuch IV, 70. §. 5. Kori Summ. Pr. §. 1.

[2] Erl. Pr. O. Anhang §. 1. J. H. de Berger, Oeconomia Juris, Lipsiae 1771. IV, 30. th. 1. not. 1. Biener Syst. §. 5 u. 227. Kori l. l. §. 1. v. Gönner Handbuch IV, 70. §. 12. v. Grolman Theorie, §. 227. Martin Lehrbuch §. 239. Gensler zu Martin p. 61 fg. v. Linde Lehrbuch §. 328. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. IV. p. 109.

[3] v. Grolman Theorie §. 75. v. Almendingen Metaphysik des Civilprocesses X. Schaffrath Grund= oder Fundamentalwissenschaft des gemeinen deutschen und sächsischen Civil= und Criminalprocesses, Leipzig 1839. §. 23. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 49 fg. Mein Lehrbuch §. 27.

[4] Vergl. Clem. 2. de Verb. Sign. V, 11. Erl. Pr. O. Anhang §. 1. W. H. Puchta Grenzen des Richteramts p. 52. n. 49. v. Linde Lehrbuch §. 328. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. IV. p. 109 fg. u. p. 111. Biener Syst. §. 227.

[5] Solche Ausnahmen finden sich vorzüglich im Bagatell= und Eheprocesse. Vergl. unten not. 19. §. 75 u. §. 134.

[6] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 50. Mein Lehrbuch §. 27.

[7] Diese wird in der Regel in Form einer einfachen Imploration schriftlich eingereicht, oder wohl auch nur mündlich zu Protocoll angebracht.

beantwortung[8], und überdieß zur Vollständigkeit des Processes eines Beweises[9] und eines Erkenntnisses[10]. Auf gleiche Weise gilt auch im summarischen Processe nach positiven Bestimmungen der Gesetze mit wenigen Ausnahmen die Verhandlungsmaxime[11], die Eventualmaxime[12], das Gehör der Parteien[13], die Gleichheit der Parteienrechte[14], die Unabhängigkeit der Gerichte von der Regierungsgewalt[15], die Schriftlichkeit[16]

---

[8] Statt der im ordentlichen Processe erforderlichen speciellen, reicht generelle Beantwortung hin. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 226.

[9] Die Beweisführung muß häufig vor der Inrotulation der Acten zum ersten Erkenntnisse und zwar in Form einfacher Bescheinigung unternommen, also anticipirt werden. W. H. Puchta Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens, Erlangen 1822 u. 1827. p. 348. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. IV. p. 124 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 245. Die Beweisgründe sind ebenso, wie im ordentlichen Processe zu beurtheilen. Auch wird in der Regel volle juristische Gewißheit erfordert. Vergl. const. 1. Cod. Quorum bonorum VIII, 2. Indeß reicht bisweilen nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung zu Erlangung von Maßnahmen, welche nur provisorischer Natur sind, die Beibringung von Wahrscheinlichkeitsgründen hin, wie dieß namentlich im Arrestprocesse und im summarischen Besitzprocesse der Fall ist. v. Grolman Theorie §. 229. Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen, Gießen 1803, neu herausgegeben von Hoffmann, Giessen 1842. §. 427 fg. Borst einige Grundlinien für eine vernünftige Gesetzgebung des Civilprocesses, Leipzig 1810. §. 30. Martin Lehrbuch §. 239. v. Linde Lehrbuch §. 328. v. Bayer Summ. Pr. §. 4. Mittermaier l. l. IV. §. IV. p. 111 fg. u. 142 fg. Mühlenbruch Entwurf §. 426. W. H. Puchta in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Giessen 1828 fg. I, 13. p. 293 fg. V. 7. p. 107 fg.

[10] Das Erkenntniß ist in der Regel ein unfeierliches und das erste Erkenntniß sofort definitiv. In mehreren Fällen ist der Gebrauch des Nothеides sehr erweitert. Biener Syst. §. 231. Im Urkundenprocesse muß der Beweis immer voll geführt sein, und ist daher der Nothеid ganz ausgeschlossen. Vergl. unten §. 21 bei not. 15. u. §. 38 bei not. 15 u. 16. Vergl. überhaupt über die allgemeinen Grundsätze der Verfahrungsart im summarischen Processe Martin l. l. §. 239. v. Linde l. l. §. 330 fg. Biener l. l. §. 228 fg.

[11] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 52. Mein Lehrbuch §. 28. Mittermaier l. l. IV. §. IV. p. 112 fg. Vergl. unten bei not. 18.

[12] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 53. Mein Lehrbuch §. 29. Diese ist schon im ordentlichen Processe zur Abkürzung des Verfahrens eingeführt und findet daher nach Befinden sogar in ausgedehnter Maße Anwendung. Mittermaier l. l. p. 110 u. 134. Nur der Eheproceß macht hiervon eine Ausnahme. Vergl. unten §. 134.

[13] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 54. Mein Lehrbuch §. 27 u. 32. Die Ausnahme, welche im Arrestprocesse vorkommt, ist nur eine scheinbare. Vergl. unten §. 12 fg.

[14] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 55. Mein Lehrbuch §. 32.

[15] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 56. Mein Lehrbuch §. 7 u. 8.

[16] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 57. Mein Lehrbuch §. 30. Vergl. unten bei not. 19.

und Nichtöffentlichkeit des Verfahrens[17]. Auch wird die Staatshülfe nicht unentgeltlich gewährt[18]. Indeß ist die Verhandlungsmaxime[19] sowohl, als die Schriftlichkeit[20] mehrfach beschränkt und die Thätigkeit der Proceßsubjecte ausschließlich, oder doch hauptsächlich auf Ermittelung der materiellen Wahrheit gerichtet. Deshalb fallen bei der Klaganstellung, der Klagbeantwortung, der Beweisführung und dem Erkenntnisse in den meisten Fällen alle Feierlichkeiten weg[21]. Auch sind diejenigen Proceßhandlungen, welche zu den natürlichen Erfordernissen des Processes gehören[22], soweit sie überhaupt vorkommen[23], in der Regel in minder feierlicher Form[24] und in abgekürzten Fristen vorzunehmen[25].

§. 3.

Von den Gründen der Einführung summarischer Proceßarten.

Bei Einführung summarischer Proceßarten hat der Gesetzgeber entweder vorzugsweise das Interesse der Parteien, namentlich das des Klägers, oder das Gedeihen der Justizpflege im Allgemeinen, also das öffentliche Wohl im Auge. Das erstere ist namentlich der Fall im Urkunden-, Ermissions-, Handelsgerichts- und Arrestprocesse; das letztere in Rechtssachen, welche den jüngsten Besitz betreffen, in geringfügigen und Bagatellsachen,

---

17 Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 58. Mein Lehrbuch §. 31.

18 Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 196. Mein Lehrbuch §. 33. Indeß sind die Kostenbeträge bisweilen geringere, als im ordentlichen Processe.

19 Die Grenzen der richterlichen Befugnisse sind weiter, und nähert sich also das Verfahren mehr der Untersuchungsmaxime Am beträchtlichsten sind diese Abweichungen im Bagatellprocesse und im Eheprocesse. Vergl. unten §. 75 u. 134. Vom Gebrauche des Legaleides s. oben not. 10.

20 Dieß gilt jedoch nur insofern, als das protocollarische Verfahren in größerer Ausdehnung Anwendung leidet. Mündliche Vorträge und Erörterungen, welche nicht registrirt sind, bleiben auch im summarischen Processe unberücksichtigt. Mittermaier l. l. IV. §. IV. p. 114 fg.

21 Vergl. oben not. 7 bis 10.

22 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 49. Mein Lehrbuch §. 25.

23 Rechtsmittel sind beschränkt, aber nicht ausgeschlossen.

24 So ist bisweilen die Ladung eine mündliche. In einigen Fällen findet Realladung, in anderen öffentliche Ladung Statt. Vergl. auch oben not. 7 bis 10.

25 Hiervon wird bei Darstellung der einzelnen summarischen Processe die Rede sein.

im Provocations-, Edictal-, Concurs-, Ehe-, Ablösungsprocesse und in der Regel auch im unbestimmten summarischen Processe.

Von einem anderen Gesichtspunkte aus betrachtet, beruht der Grund zur Einführung summarischer Processe entweder in der Beschaffenheit des streitigen Gegenstands oder in der sofortigen Liquidität des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs. Dem letzteren Grunde verdankt nur der Urkundenproceß seine Entstehung[1].

§. 4.

Eintheilungen der summarischen Processe. a) Vertragsmäßiger und gesetzlicher summarischer Proceß.

Zur Abänderung der gesetzlich vorgeschriebenen Proceßform bedarf es auch im summarischen Processe der richterlichen Genehmigung[1]. Doch soll der Richter, wie im ordentlichen, so auch im summarischen Processe durch Vorschlagen von Compromissen auf möglichste Abkürzung des Verfahrens hinwirken[2]. Von einem vertragsmäßigen summarischen Processe, processus summarius conventionalis, dem gesetzlichen, processus summarius legalis, gegenüber, kann nur dann die Rede sein, wenn nicht einzelne Proceßhandlungen oder Formen im Wege des Compromisses abgeändert werden[3], sondern wenn die Parteien eine gesetzlich nach den Regeln des ordentlichen oder eines einzelnen summarischen Processes zu verhandelnde Rechtssache in Folge eines zwischen ihnen zu Stande gekommenen Compromisses mit richterlicher Genehmigung in Form einer gesetzlich darauf nicht anwendbaren summarischen Proceßart verhandeln[4].

---

[1] Daher auch die Eintheilung der summarischen Processe in den Urkundenproceß und die summarischen Processe im engeren Sinne. S. unten §. 5.

[1] Fr. 38. Dig. de pactis II, 14. Fr. 27. 45. §. 1. Dig. de Reg. Jur. L, 17. Const. 13. Cod. de testamentis VI, 23. Cap. 12. X. de foro competente II, 2. v. Bayer Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß mit Beziehung auf Martins Lehrbuch, Aufl. VIII. München 1851. p. 29. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 46. Mein Lehrbuch §. 24.

[2] Erl. Pr. O. I, 2. Vergl. auch Gesetz v. 17. März 1832. §. 248.

[3] Dies steht den Parteien im ordentlichen und summarischen Processe in der Regel frei, sobald das Gericht dazu seine Genehmigung ertheilt. Fr. 1. 2. §. 1. Dig. de jud. V, 1. Fr. 27. Dig. de Reg. Jur. L, 17. Const. 5. §. 6. Cod. de temp. et repar. VII, 63. Const. 3. §. 4. Cod. de privil. scholarum XII, 30. Cap. 39. X. de test. et attest. II, 20. Clem. 2 in fine de Verb. Sign. V, 11. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 46. Mein Lehrbuch §. 24.

[4] Der Richter ist dazu wider Willen der Parteien oder einer derselben nie-

Die compromissarische Verhandlung ordentlicher Rechtssachen in Form eines summarischen Processes ist, die richterliche Genehmigung vorausgesetzt, in allen denjenigen Fällen gestattet, in welchen die summarische Proceßform, auf welche sie compromittirten, auf den concreten Fall der Natur der Sache nach sich übertragen läßt[5]. Dasselbe gilt zwar im Allgemeinen auch von der Substituirung einer summarischen Proceßart an die Stelle einer anderen gesetzlich vorgeschriebenen summarischen Verfahrungsart. Eine solche vertragsmäßige Abweichung von der gesetzlich vorgeschriebenen summarischen Verfahrungsart ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn die gesetzliche Einführung eines bestimmten summarischen Verfahrens auf Gründen beruht, welche das Gedeihen der Justizpflege im Allgemeinen betreffen, also die Gesetze absolute Zwangsgesetze sind[6]. Einseitige Substituirung einer summarischen Proceßform an die Stelle des ordentlichen, oder an die Stelle eines anderen gesetzlich vorgeschriebenen summarischen Verfahrens ist niemals zuläßig, wenn auch der Richter seine Genehmigung dazu ausdrücklich ertheilt haben sollte[7].

Bei Beurtheilung der Frage, ob es den Parteien freistehe, die Form des ordentlichen Processes in einem Falle zu wählen, für den die Gesetze ein summarisches Verfahren angeordnet haben, kommt Alles darauf an, ob dieses summarische Verfahren aus Gründen des öffentlichen Wohls, oder nur zu Gunsten der Parteien eingeführt worden ist[8]. Im ersteren Falle ist die Anwendung der Formen des ordentlichen Processes auch dann unzuläßig,

---

mals berechtigt. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. III. p. 106 fg. Biener Syst. §. 5. not. 4. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 46.

[5] Ausdrücklich gestattet ist die Verhandlung größerer Rechtssachen in Form des Bagatellprocesses durch das Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 45. Vergl. unten §. 72 bei not. 24.

[6] Denn hier unterliegt die Entscheidung der Frage, ob die summarische Proceßform angewendet werden solle, der Disposition der Parteien nicht. Vergl. oben §. 3. Clem. 2. de Verb. Sign. V, 11. v. Gönner Handbuch II, 30. §. 3. Süptitz Lehrbuch der summarischen Processe, Braunschweig und Helmstädt 1807. §. 4. v. Linde Lehrbuch §. 328. Leyser Meditationes ad Pandectas, Lips. et Guelpherb. 1717. Ed. II. 1772 sq. Sp. 276. med. 4.

[7] Wernher, Selectae Observationes Forenses, Vitemb. 1720. Suppl. ad P. III. Obs. 231. J. H. de Berger Oec. Jur. IV, 30. th. 1. not. 2. Ejusdem Electa processus executivi, Lips. 1745. §. 5. v. Gönner Handbuch IV, 70. §. 9. Süptitz l. l. v. Grolman Theorie §. 215. W. H. Puchta Grenzen des Richteramts p. 33 fg.

[8] S. oben §. 3.

wenn die Parteien mit richterlicher Genehmigung sich dahin vereinigten. Im letzteren Falle muß unterschieden werden, ob die Einführung der summarischen Proceßform zu Gunsten beider Parteien stattfand, wo auch außer der richterlichen Genehmigung die Einwilligung beider Parteien erfordert wird, oder ob der Gesetzgeber bei Gestattung des summarischen Verfahrens nur den Kläger begünstigen wollte, wo dann dessen einseitige Willenserklärung genügt, die Verhandlung der Sache in Form des ordentlichen Processes zu rechtfertigen, indem es dazu nicht einmal der richterlichen Genehmigung bedarf.

§. 5.

Fortsetzung. b) Urkundenproceß und summarischer Proceß im engeren Sinne.

Je nachdem der Grund, aus welchem der Gesetzgeber summarisches Verfahren gestattete, auf sofortiger Liquidität des klägerischen Anspruchs beruht, oder in der Qualität des Streitgegenstands zu suchen ist[1], unterscheidet man ferner gewöhnlich zwischen dem Urkundenprocesse — processus executivus — und den übrigen summarischen Proceßarten, welche man mit dem allgemeinen Namen des summarischen Processes im engeren Sinne — processus summarius in specie sic dictus — bezeichnet[2]. Indeß ist diese Eintheilung von geringerer Bedeutung, ob sich schon nicht in Abrede stellen läßt, daß die Grundsätze, welche im Urkundenprocesse gelten, von denen der übrigen summarischen Proceßarten in vielfacher Beziehung abweichen.

§. 6.

Fortsetzung. c) Bestimmter und unbestimmter summarischer Proceß.

In einigen Fällen hat der Gesetzgeber einfach vorgeschrieben, daß summarisch verfahren werden, also die im ordentlichen Processe zu beobachtenden Formen wegfallen sollen, ohne an deren Stelle andere zu setzen. Die Leitung des Verfahrens bleibt dann lediglich dem Ermessen des Proceßrichters überlassen. In anderen

---

1 S. oben §. 3.

2 J. H. de Berger El. Pr. Execut. §. 1. in fine. Biener Syst. §. 5 u. 227.

Fällen sind an die Stelle der aufgehobenen Formen des ordentlichen Processes andere, wenn auch gewöhnlich minder feierliche Formen eingeführt, wodurch die einzelnen summarischen Proceßarten von einander abgetrennt und charakterisirt werden. Darnach unterscheidet man zwischen unbestimmten und bestimmten summarischen Processen — processus summarius indeterminatus et determinatus — und versteht unter den Letzteren diejenigen summarischen Proceßarten, in denen das Verfahren nach bestimmten, vom ordentlichen Proceßgange abweichenden, also eigenthümlichen Grundzügen vollständig geregelt ist[1]. Im ersteren wird nach heutigem Königlich Sächsischem Rechte entweder communicatorisch verfahren[2], oder ein außer-

---

[1] Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe, Göttingen 1808. §. 3. 4 u. 5. Danz Grundsätze des ordentlichen bürgerlichen Processes, Aufl. V. v. Gönner, Stuttgart 1821. §. 59. Derselbe summ. Pr. §. 2 fg. v. Gönner Handbuch IV, 70. §. 6. Martin Lehrbuch §. 237. v. Linde Lehrbuch §. 327. v. Bayer Summ. Pr. §. 5. Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Prax. VIII, 4. p. 107 fg. Derselbe d. gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. II. p. 79 fg. Mühlenbruch Entw. §. 432. Biener Syst. §. 5 u. 227. Haubold Anleit. z. Behandlung geringfügiger Rechtssachen nach dem Königlich Sächsischen Rechte, Ausg. von Hänsel, Leipzig 1837. §. 36. Volkmann System des sächsischen Civil- und Administrativ-Processes nach Biener, Leipzig 1845. III. §. 196. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 44. Mit Recht wird gegen diese Eintheilung eingewendet, daß das Criterium derselben keine scharfen Grenzen darbiete. Denn darauf allein, ob eine summarische Verfahrungsart eine eigene Benennung habe, kann natürlich nichts ankommen — a. M. ist Claproth l. l. §. 3. — und gegen die im Texte angegebene Definition läßt sich einwenden, daß fast in allen summarischen Proceßarten, namentlich auch im Arrest- und Rechnungsprocesse eigenthümliche Grundsätze durch Gesetz oder Gerichtsbrauch vorgezeichnet sind. v. Gönner l. l. IV, 71. §. 1. v. Bayer l. l. Mittermaier l. l. Mühlenbruch l. l. Nichtsdestoweniger ist nicht zu verkennen, daß es namentlich in Sachsen Fälle giebt, in denen alle Feierlichkeiten wegfallen, indem nur diejenigen Grundsätze zur Anwendung kommen, welche von der Natur der Sache geboten sind, während der Gesetzgeber in den meisten Fällen den summarischen Verfahrungsarten durch Einführung bestimmter Formen ein von dem Ermessen des Richters unabhängiges bestimmtes und eigenthümliches Gepräge gegeben hat. Im Allgemeinen läßt sich die Verfahrungsart in solchen Fällen, wo der Gesetzgeber das Verfahren unbestimmt gelassen hat, in Sachsen auf zwei Formen, auf das communicatorische Verfahren und auf die Anberaumung eines außerordentlichen Inrotulationstermins zurückführen, mag bei Gelegenheit eines Zwischenantrags im ordentlichen Processe, eines Acts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, eines Arrestschlags, eines Rechnungsstreits oder aus anderen Gründen unbestimmtes summarisches Verfahren einzuleiten sein. Siehe unten §. 10. Einige Rechtslehrer nehmen auch gemischten summarischen Proceß an, wenn das Gesetz nur für einzelne Proceßhandlungen eigenthümliche Vorschriften enthält, den Proceßgang selbst aber unbestimmt gelassen hat, wie dieß im Arrest- und Rechnungsprocesse der Fall ist. Besser rechnet man auch diese Fälle zum unbestimmten summarischen Processe. Vergl. v. Linde l. l. §. 327. not. 1.

[2] Die Bezeichnung dieses Verfahrens als „tumultuarischer Proceß“

ordentlicher Inrotulationstermin anberaumt, bis zu welchem die Parteien dasjenige, was sie in ihrem Interesse vorzubringen haben, ohne Schriftenwechsel in Schriften ausführen können [3]. Einzelne Arten des bestimmten summarischen Processes sind der Urkundenproceß [4], der Exmissionsproceß [5], der summarische Besitzproceß [6], der summarische Proceß wegen Geringfügigkeit des Objects [7], der Provocationsproceß [8], der Edictalproceß [9], der Concursproceß [10], der Eheproceß [11], der Handelsgerichtsproceß [12], und das Verfahren in Ablösungs- und Gemeinheitstheilungssachen [13]. Der gemeinrechtliche Mandatsproceß [14], sowie der alt-Sächsische Inhibitionsproceß [15], der Schuldthurmsproceß [16] und der Bergproceß [17] sind aufgehoben. Das Verfahren in Administrativjustizsachen ist kein Theil der Civilproceßlehre [18].

---

ist unpassend, denn an die Stelle der gesetzlichen Vorschrift tritt überall richterliches Ermessen.

[3] Siehe unten §. 10.

[4] S. unten §. 18 fg. Derselbe zerfällt in den Executivproceß und den Executionsproceß. Eine eigenthümliche Unterart desselben ist der Wechselproceß.

[5] Siehe unten §. 44 g.

[6] S. unten §. 45 fg. u. 62 fg. In anderen Besitzstreitigkeiten wird in Form des ordentlichen Processes verfahren. Siehe unten §. 45 bei not. 10 fg. §. 68 u. 69.

[7] S. unten §. 70 fg. Derselbe zerfällt in den Proceß in geringfügigen Rechtssachen und in den Bagatellproceß.

[8] S. unten §. 97 fg. Auch dieser ist doppelter Art, je nachdem er ex lege „Si contendat“ oder ex lege „Diffamari“ angestellt wird.

[9] S. unten §. 110 fg.

[10] Dieser wird besser mit dem Concursrechte zusammen zum Gegenstand besonderer Darstellung gemacht.

[11] S. unten §. 130 fg.

[12] S. über diesen Rössig Darstellung des Leipziger Handelsrechts, Leipzig 1796, und Hänsel das Verfahren in ganz geringfügigen Rechtssachen nach Königlich Sächsischem Rechte, verbunden mit einer Darstellung des bei dem Handelsgerichte zu Leipzig stattfindenden Verfahrens, Leipzig 1844.

[13] S. namentlich Gesetz v. 17. März 1832 u. Gesetz v. 15. Mai 1851 sub III. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 155. §. 279. not. 30. u. wegen der Zulässigkeit der Rechtsmittel §. 329. not. 14.

[14] Vergl. darüber besonders Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß. IV. §. VI. p. 191 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 7 fg. Schmid Handbuch §. 200 fg. p. 148 fg. und unten §. 18. not. 13.

[15] Mandat v. 13. März 1822. §. 8.

[16] Mandat v. 15. Juni 1831.

[17] Verordnung v. 8. Mai 1856. in Verbindung mit §. IV. der Verordnung v. 22. Mai 1851.

[81] Vergl. darüber mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 47.

§. 7.

Fortsetzung. d) Allgemeiner und besonderer summarischer Proceß.

Die Eintheilung des Processes in den allgemeinen, processus summarius generalis, und den besonderen, processus summarius specialis, wie solche von den meisten Rechtslehrern[1] aufgestellt wird, läßt sich aus dem Grunde nicht rechtfertigen, weil es bei der Verschiedenheit der für die einzelnen summarischen Proceßarten vorgeschriebenen Normen unmöglich ist, bestimmte, auf alle diese Proceßarten gleichmäßig anwendbare Grundsätze aufzustellen[2].

§. 8.

Quellen und Hülfsmittel des summarischen Processes.

Die Quellen und Hülfsmittel des summarischen Processes zerfallen in solche, welche diesem Processe mit dem ordentlichen Processe gemeinschaftlich sind, und in besondere. Von den Ersteren wird in den Hand- und Lehrbüchern des ordentlichen Processes ausführlich gehandelt[1]. Die Letzteren werden bei Gelegenheit der Darstellung der einzelnen summarischen Proceßarten mitgetheilt werden[2].

---

[1] S. unter Anderen Biener Syst. §. 227. Kori Summ. Proc. §. 2. und 5 fg.

[2] Vergl. Volkmann System §. 198.

[1] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 60 fg. Mein Lehrbuch §. 34 fg. u. 46.

[2] Außer den hierher gehörigen Quellen des römischen und canonischen Rechts betreffen das summarische Verfahren vorzüglich Rchs.-Camm.-Gerichts-Ordnung v. 1500. Tit. 21. Rchs.-Camm.-Gerichts-Ordnung v. 1555. II. 21. §. 3. Rchs.-Abschied v. 1570. §. 9. Rchs.-Abschied v. 1594. §. 63. Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661. Tit. von Justizsachen §. 8 fg. C. A. I. p. 195 fg. Erl. Pr.-O. I, 6. und im Anhange §. 1 fg. Von den Sächsischen und Reichsgesetzen, welche einzelne Arten des summarischen Processes betreffen, wird bei Darstellung des Verfahrens in diesen Proceßarten die Rede sein.

Von den Hülfsmitteln der summarischen Proceßlehre sind hier nur die wichtigsten unter denjenigen Schriften zu erwähnen, welche die Darstellung der sämmtlichen summarischen Proceßarten betreffen. Namentlich gehören dahin: Joh. Georg Estor Anweisung zu dem im Reiche üblichen summarischen, insonderheit dem protocollarischen, possessorischen und Spolien-Processe, Marburg 1746. Ausg. II. 1756. Ernst Gottfried Schmidt Theorie des summarischen Processes, Leipzig 1791. S. G. Liekefett vollständige Erläuterung sämmtlicher summarischer Proceßarten, Leipzig 1795 und 1796. Fr. August Mehlen Anleitung zum summarischen gerichtlichen Proceß, Berlin und Greifswalde 1804. Wilh. August Friedrich Danz Grundsätze der summarischen

Processe. Ausg. II. Stuttgart 1798. Ausg. III. von Th. v. Gönner Stuttgart 1806. Justus Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe, Ausl. IV. v. Willich, Göttingen 1808. Leonhard Ludwig Gottlieb Süptitz Lehrbuch der summarischen Processe, Braunschweig und Helmstädt 1807. v. Gönner Handbuch IV, 70 fg. Martin Lehrbuch §. 236 fg. v. Linde Lehrbuch § 323 fg. Mühlenbruch Entwurf §. 235 u. 426 fg. August Wilhelm Heffter Institutionen des römischen und teutschen Civilprocesses, Bonn 1825, später unter dem Titel: System des römischen und deutschen Civilproceßrechts, Bonn 1843. §. 400 fg. Hieronymus v. Bayer Theorie der summarischen Processe, mit Ausschluß des Concursprocesses, Aufl. V. München 1843. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. Derselbe im Archiv für die civil. Praxis VII, 20. p. 369 fg. VIII, 4. p. 107 fg. Andreas Christian Johannes Schmid Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, Kiel 1845. III. §. 174 fg. J. H. de Berger Oec. Jur. IV, 30 sq. Ejusdem Electa processus executivi, possessorii, provocatorii et matrimonialis, Lips. 1745. Christian Gottlob Biener Systema processus judiciarii et communis et Saxonici. Ed. Siebdrat et Krug, Berolini et Lipsiae 1834. §. 5. und 227 fg. August Siegmund Kori Theorie der Sächsischen summarischen bürgerlichen Processe, Jena 1823. Julius Volkmann System des Sächsischen Civil- und Administrativ-Processes nach Biener, Leipzig 1845. III. §. 195 fg. Von den Monographien wird am geeigneten Orte die Rede sein. Ueber die geschichtliche Entstehung der summarischen Proceßarten s. die oben §. 1. not. 9. am Ende angeführten Schriften.

Zweites Hauptstück.

Von den einzelnen summarischen Proceßarten.

Erster Abschnitt.

Zweites Capitel.

Vom unbestimmten summarischen Processe.

§. 9.

Vom unbestimmten summarischen Processe im Allgemeinen.

Der summarische Proceß ist in §. 1 des Anhangs der Erläuterten Proceßordnung im Allgemeinen aufgehoben und nur für einige Fälle ausnahmsweise ausdrücklich beibehalten worden[1]. Namentlich erkennt die gedachte Gesetzstelle in Verbindung mit §. 3 fg. den Executiv- und Wechselproceß, und in Verbindung mit §. 19 fg. den summarischen Besitzproceß, ferner §. 2 des Anhangs den Handelsgerichtsproceß, §. 21 den Inhibitionsproceß[2], ingleichen Titel V §. 5 fg. den Provocationsproceß, Titel XLI fg. den Concursproceß und Titel LI den Arrestproceß[3] als summarische Proceßarten ausdrücklich an. Ueberdieß wird in §. 2 des Anhangs nicht nur in Ehe- und Consistorialsachen summarisches Verfahren gestattet, sondern auch in Verbindung mit Titel I §. 6 bestimmt, daß in geringfügigen Rechtssachen, sowie in Handwerks- und anderen zur Polizei gehörigen Sachen, wohin auch diejenigen zu rechnen, wenn zweierlei Handwerke mit ein-

---

[1] „— so wollen Wir solchen nebst der in der Erledigung derer Landesgebrechen de ao. 1661. Tit. von Justitiensachen §. 8. enthaltenen besonderen Art desselben — hiermit abgeschaffet, und verordnet haben, daß in diesen und allen anderen Fällen, da nicht executive geklaget werden kann, es in Zukunft bei dem nunmehro vorgeschriebenen ordentlichen modo procedendi verbleiben, mithin der Unterschied zwischen causis ordinariis und summariis allenthalben gänzlich aufgehoben seyn solle".

[2] Aufgehoben im Mandate v. 13. März 1822. §. 8.

[3] Vergl. auch §. 2. des Anhangs der Erl. Pr. O. am Ende.

ander über ein Befugniß streitig sind[4], ingleichen in Commercien-[5], Bau-[6], Rechnungs-[7], Gesinde- und Dienstboten-Sachen[8] gar kein ordentlicher Proceß oder Weitläufigkeit im geringsten zu verstatten, sondern nur de simplici et plano verfahren werden solle. Für geringfügige Rechtssachen wurde das Verfahren im Mandate vom 28. November 1753[9] genauer geregelt, und die Anwendung dieses Verfahrens in geringfügigen Rechtssachen auf Bau-, Gesinde-, Dienstboten-, Commercien-, Handwerks- und andere Polizeisachen, wohin auch Straßenbausachen, sowie die die Schänk- und Gasthofsgerechtigkeiten betreffenden[10] und die zwischen zwei Handwerken über ein Befugniß entstandenen Streitigkeiten zu rechnen, im Mandate vom 10. Mai 1824 angeordnet[11]. Das Mandat vom 7. Juni 1736[12] verbot die processualischen Weitläufigkeiten in Cammer- und Rentsachen[12b]. In Folge der Gesetzgebung vom 28. und 30. Januar

---

[4] Polizei-Ordnung v. 22. Juni 1661. Cap. 9. C. A. I. p. 1561 fg. Nach dem A. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 25 sind alle Gewerbesachen den Verwaltungsbehörden überwiesen, wenn es sich auch um besondere Rechtstitel handelt. Mithin findet in solchen nur der Administrativjustizproceß Statt. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 17 u. 23. Dasselbe gilt von Streitigkeiten über Polizeigegenstände. Ueber das frühere Sächsische Recht s. Biener Syst. §. 233, über das gemeine Recht Mittermaier im Archiv f. d. civ. Prax. VIII, 4. p. 130 fg. Derselbe d. gem. deutsche bürg. Pr. 2c. IV. §. III. p. 103.

[5] Soweit sie auf das allgemeine Wohl Einfluß haben. Patent vom 11. Juli 1735. C. C. A. I. p. 622.

[6] Vergl. darüber Const. Elect. 52. P. II., v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Decis. Elect. 33. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Rescript v. 12. Septbr. 1754. C. C. A. I. p. 482. A. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 23. sub 1. Ueber das gemeine Recht s. fr. 1. §. 7 u. 9. fr. 15. §. 14 u. 15. fr. 21. §. 1. Dig. de novi operis nunciat. XXXIX, 1. const. un. Cod. de novi op. nunc. VIII, 11. const. 12. §. 7. (restituta) const. 13. Cod. de aedif. priv. VIII, 10. Claproth Summ. Proc. §. 255 fg. Hasse im Rheinischen Museum III, 4. p. 579 fg. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß. IV, §. II. p. 68 fg. Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 463.

[7] S. darüber unten bei not. 20. u. §. 11.

[8] S. über diese unten bei not. 13 u. 14. Ueber das gemeine Recht s. vorzüglich Mittermaier im Archiv f. d. civ. Pr. VIII, 4. p. 127. Derselbe d. gem. deutsche bürg. Proceß 2c. IV. §. III. p. 101.

[9] C. C. A. I. p. 383 fg.

[10] Vergl. A. Gesetz §. 25.

[11] Auch sollten nach diesem Mandate v. 10. Mai 1824 die Untergerichte niemals zum Verspruch versenden, sondern in der Regel selbst erkennen, oder auch nach Befinden sofort zur Oberbehörde Bericht erstatten. Letzteres ist in Justizsachen in keinem Falle mehr zulässig. C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 23. sub 4.

[12] C. C. A. I. p. 1291.

[12b] Diese gehören jetzt ebenfalls vor die Verwaltungsbehörden. A. Gesetz §. 8. sub 2. Ueber das ältere Recht s. Biener l. l. §. 234.

1835 sind alle Gewerbesachen, also auch die Commercien- und Handwerkssachen mit Einschluß der die Schänk- und Gasthofsgerechtigkeiten betreffenden, die Polizei-, Bau-, Straßenbau-, Cammer- und Rentsachen zu den Justizsachen gar nicht mehr gehörig, vielmehr als streitige Verwaltungssachen anzusehen, deren Verfahrungsart durch das D. Gesetz vom 30. Januar 1835 besonders geregelt ist[13]. Ebensowenig findet in Gesindesachen, soweit es sich um privatrechtliche Verhältnisse handelt, nach heutigem Sächsischen Rechte der unbestimmte summarische Proceß Statt, da die Gesindeordnung vom 10. Januar 1835 §. 121 fg. anordnet, daß Streitigkeiten zwischen Dienstherren und Gesinde über ihre aus dem Dienstvertrage entspringenden Civilansprüche vor die Civilgerichte gehören und bei selbigen nach Beschaffenheit des jedesmaligen Klaggegenstands in Gemäßheit der Civilproceßgesetze zu verhandeln sind, während die Erörterung und Entscheidung solcher gegenseitiger Beschwerden, welche durch ordnungswidriges Verhalten beider Theile gegeneinander veranlaßt werden, vor die Polizeibehörden gehört[14]. Auch sind die Polizeibehörden in Gesindesachen über diejenigen zu den geringfügigen Rechtssachen gehörigen Civilansprüche im Administrativjustizwege mit zu entscheiden berechtigt, welche als Folge einer polizeilichen Zuwiderhandlung anzusehen sind, dafern deren Object den Betrag von Fünf Thalern nicht übersteigt[15]. Das in Streitigkeiten wegen Aufhebung der Koppelhuthung[16] und in gewissen Frohn-

---

[13] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 13 fg. Beruft sich indeß eine Partei in Verwaltungsstreitigkeiten auf besondere Rechtstitel, so sind sowohl rücksichtlich der Zuläßigkeit, als des Beweises und der Wirkung dieser Titel auch jetzt noch Justizbehörden competent, A. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 11. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 23. Wegen der Gewerbesachen s. jedoch oben not. 4. Dagegen entscheiden in Streitigkeiten über den Bierzwang, sowie über das Recht, auf dem Lande Bier zu brauen, auszuschroten und das eigene Gebräude zu verzapfen, sowohl über den Besitz als das Recht dazu, ohne Ausnahme die Justizbehörden. A. Gesetz §. 26. vergl. mit Gesetz v. 27. März 1838. In Brausachen, welche den Besitzstand betreffen, soll nach den Bestimmungen des Mandats v. 10. Mai 1824 verfahren werden. Mandat v. 21. Februar 1827. §. 8. u. unten §. 55 bei not. 18 u. 19.

[14] Vergl. A. Gesetz §. 23. u. §. 14.

[15] Vergl. A. Gesetz §. 23. Ueber das gemeine Recht s. Mittermaier im Archiv f. d. civ. Prax. VIII, 4. p. 127 fg. Derselbe d. gem. deutsche bürg. Proceß IV. §. III. p. 101 fg.

[16] Rescript v. 3. Novbr. 1783. C. II. C. A. I. p. 499. Rescript v. 27. Novbr. 1784. C. II. C. A. I. p. 879. Rescript v. 9. Juni 1789. C. II. C. A. II. p. 41. Vergl. auch Mandat v. 4. Octbr. 1828. §. 55 fg. Kind Quaestiones forenses. Ed. II. Lipsiae 1807. II, 35. Verordnung v. 25. October 1834.

sachen[17] ehemals übliche summarische Verfahren ist in Folge des Gesetzes vom 17. März 1832 in Verbindung mit dem Gesetze vom 15. Mai 1851, und des C Gesetzes vom 28. Januar 1835 §. 23 sub 4[18] weggefallen. Dasselbe gilt in Gemäßheit des Art. 409 der Strafproceßordnung vom 11. August 1855 und §. 29 des Gesetzes, die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz für Rechtspflege und Verwaltung betreffend vom 11. August 1855 rücksichtlich des summarischen Verfahrens bei Irrungen über Uebertragung der Untersuchungskosten[19].

Dagegen gehören der Rechnungs- und Defectsproceß[20] und der Arrestproceß[21], sowie das Verfahren in Pfändungssachen[22] noch jetzt zu den unbestimmten summarischen Processen, da zwar einige gesetzliche Bestimmungen über die Form dieser Processe existiren, das Verfahren in denselben aber keineswegs vollständig geregelt ist. Auch findet unbestimmtes summarisches Verfahren bisweilen bei Gelegenheit eines Acts der freiwilligen Gerichtsbarkeit[23], in Vormundschaftsstreitigkeiten[24], oder in Folge eines Nebenantrags im ordentlichen Processe[25] Statt. Ebenso soll in Streitigkeiten über Ausgleichung der Kriegsschäden und Kriegslasten zwischen Verpachter und Pachter[26] der unbestimmte summarische Proceß statthaben. Von den provisorischen Maßregeln der Justizbehörden, deren Zulässigkeit nach Analogie des Arrestprocesses nachträglich in Form des unbestimmten summarischen Verfahrens bestritten und erörtert werden kann, wird gelegentlich die Rede sein[27]. Die provisorischen Maßregeln der Verwaltungs-

---

[17] Streitigkeiten über Frohnen zum Anbau von Futterkräutern Rescript v. 1. Mai 1787. C. II. C. A. I. p. 493. Befehl v. 4. Juni 1787. C. II. C. A. I. p. 493. Mandat v. 13. August 1830.

[18] S. noch Verordnung v. 28. März 1835 §. 29. sub c u. f.

[19] Generale v. 30. April 1783. C. II. C. A. I. p. 451 fg.

[20] S. unten §. 11.

[21] S. unten §. 12 fg.

[22] S. unten §. 16.

[23] S. unten §. 17.

[24] S. unten §. 17.

[25] S. unten §. 17.

[26] S. unten §. 17. Generale v. 26. März 1810. C. III. C. A. I. p. 238.

[27] S. unten §. 12 fg. u. §. 51 fg. Solche Provisoria dürfen nur in außerordentlichen Fällen und zwar, wenn das Gemeinwohl gefährdet ist, von Amtswegen, sonst nur auf summarisch bescheinigten Antrag der dabei interessirten Partei erlassen werden. Fr. 7. §. 2. Dig. Qui satisdare cogantur II, 8. Fr. 21. §. 3. Dig. de appellationibus XLIX, 1. Const. 5. Cod. Quorum appella-

behörden gehören gar nicht hierher[28]. Wenn übrigens die Erläuterte Proceßordnung Titel I §. 6 unter Bezugnahme auf die Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661 Titel von Justitiensachen §. 13 bestimmt, daß nicht in allen, absonderlich in klaren oder geringen, manchmal nur ein Weniges betragenden Sachen ordentlicher Proceß ohne Unterschied gestattet, sondern in denen Händeln, so entweder ex confessione partis, unstreitigen documentis, ertheilten Abschieden und judicatis, oder aus ergangenen actis alsobald erweislich, sogleich summarie decretirt werden solle, so wird dadurch die Einleitung eines summarischen Verfahrens in anderen, als den gesetzlichen Fällen, keineswegs gestattet. Nichtsdestoweniger wird gerichtsbräuchlich nicht selten auf Grund dieser Gesetzstelle in Berücksichtigung vorliegender besonderer Verhältnisse ohne vorausgegangene Klaganstellung und förmliche Einlassung auf Grund des summarisch (tumultuarisch) Verhandelten, im Einverständnisse beider Parteien, oder wohl auch auf einseitigen Antrag, ein Erkenntniß gefällt, ja sogar von Amtswegen oder auf Anordnung des Obergerichts ein außerordentlicher Inrotulationstermin anberaumt, und nach demselben mit Ertheilung eines Bescheids, beziehendlich mit Versendung der Acten zum Verspruche verfahren[29]. Die befreiten und die nach Bestimmung der Gesetze vorzugsweise zu beschleunigenden Rechts-

---

tiones non recipiuntur VII, 65. Tit. X. de sequestratione possessionum et fructuum II, 17. Rchs.-Cammergerichts-Ordnung v. 1555. II, 21. §. 3. Rchs.-Abschied v. 1566. §. 117 fg. v. Gönner Handbuch IV, 79 u. 80. II, 26. §. 37. v. Grolman Theorie §. 237. Martin Lehrbuch §. 313. v. Linde Lehrbuch §. 334. W. H. Puchta in der Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. V, 7. p. 107 fg. Mühlenbruch Entwurf §. 439. Mein Lehrbuch §. 120. und die im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle 1841, I, 41. p. 139 fg., in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. IX, p. 456 fg. und von Ackermann Rechtssätze aus Erkenntnissen des Kön. Ober-Appellationsgerichts zu Dresden N. F. II, 317. p. 226 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Ueber Provisoria zum Schutze der natürlichen Freiheit des Eigenthums siehe Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. XI, p. 468 fg.

[28] Vergl. A. Gesetz §. 11. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 4. 15. 17. 18. 21 u. 54. Biener Syst. §. 235.

[29] Vergl. hierüber die in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. IX, p. 454 flg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts, wo ausgesprochen wird, daß dieß namentlich in Erbschaftssachen häufig geschehe. Wenn dort weiter ausgeführt wird, daß es in solchen Fällen zulässig sei, sofort einen Legaleid aufzuerlegen, um die Weiterungen und Kosten eines förmlichen Beweisverfahrens zu ersparen, so wird sich dieß wenigstens nicht durch Bezugnahme auf die singuläre Bestimmung in Tit. XLI, §. 4, der Erl. Pr.-O. und auf die Zulässigkeit solcher Legaleide in Ehesachen rechtfertigen lassen, in denen nach §. 2 des Anhangs der Erl. Pr.-O. der Richter summarisch verfahren darf.

sachen[30] werden, falls nicht andere Gründe summarische Verhandlung nöthig machen, in Form des ordentlichen Processes, aber vor anderen früher eingehenden Rechtssachen, oder doch mit möglichster Ersparung unnöthigen Zeitverlusts verhandelt[31]. Von diesen einzelnen Arten des summarischen Processes wird hier die Rede sein müssen[32].

§. 10.

Vom Verfahren im unbestimmten summarischen Processe im Allgemeinen.

Nach Aufhebung des früher in Sachsen in mehreren Fällen zulässigen Berichtsprocesses[1], ist das Verfahren im unbestimmten summarischen Processe entweder ein communicatorisches, oder es wird ein außerordentlicher Inrotulationstermin anberaumt. Das im communicatorischen Processe an die Stelle der Klage tretende unfeierliche, schriftliche oder auch nur mündliche registrirte Anbringen des Klägers — Impetranten, Imploranten — worin derselbe um Erlassung einer dem concreten Falle angemessenen Verfügung bittet, wird dem Beklagten — Impetraten, Imploraten, — vom Gericht unter der Aufforderung mitgetheilt oder vorgelegt, sich darüber binnen einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Frist schriftlich zu erklären. Will der Richter mit dieser Aufforderung, wie ihm dieß hier, wo es an allen gesetzlichen Normen für die Procedur fehlt, allerdings freisteht[2], die Androhung eines Präjudizes verbinden, so bedarf

---

[30] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 29. Mein Lehrbuch §. 14.

[31] Wegen der Spoliensachen s. unten §. 56 fg. u. §. 69. Criminal- und Injuriensachen gehören gar nicht zu den Civilproceßsachen.

[32] Der Adhäsionsproceß, welcher in der neuen Strafproceßordnung für das Königreich Sachsen Art. 434 bis 450 neu geregelt worden ist, muß im Zusammenhange mit dem Strafprocesse dargestellt werden.

[1] C. Gesetz v. 28. Januar 1835 §. 23 sub 4. Verordnung v. 28. März 1835 §. 29. In diesem Processe wurden die Streitsachen auf vorgängigen Bericht des Proceßgerichts sofort in höherer Instanz entschieden. Ueber das gemeine Recht vergl. besonders v. Gönner Handbuch IV, 72.

[2] Der Grundsatz des ordentlichen Processes, daß der Richter Präjudizien nur dann androhen dürfe, wenn das Gesetz ihn dazu ermächtigt, oder das Präjudiz in einem Erkenntnisse ausgesprochen ist, gilt also hier nicht. Dieß läßt sich schon aus der Natur des unbestimmten summarischen Verfahrens und namentlich daraus deduciren, weil der Gesetzgeber, wenn er summarische Procedur anordnete, die Form derselben aber nicht bestimmte und lediglich dem richterlichen Ermessen überließ, selbstverständlich nicht die Absicht haben konnte, einen das richterliche Ermessen beschränkenden Grundsatz des ordentlichen Processes

2*

es nach allgemeinen Grundsätzen regelmäßig der Gestattung einer vollen Sächsischen Frist[3]. Diese Erklärung wird auf gleiche Weise dem Imploranten communicirt und in dieser Weise fortgefahren, bis die streitige Frage nach Ermessen des Richters hinlänglich erörtert ist. Sodann werden die Acten in einem gleich anfangs festgesetzten Inrotulationstermine, oder ohne solchen, wie sie eben liegen, inrotulirt und entweder zum Verspruch versendet, oder das Erkenntniß vom Gericht selbst gefällt. Zum außerordentlichen Inrotulationstermine wird gewöhnlich eine vierzehntägige Frist gegeben und den Parteien anheimgegeben, dasjenige, was sie noch vorbringen wollen, ohne gegenseitigen Schriftenwechsel bis Nachmittag 5 Uhr im Inrotulationstermine in Schriften auszuführen, nach diesem Termine aber, mögen die Parteien Schriften eingereicht haben oder nicht, mit Versendung der Acten zum Verspruche oder mit Bescheidsertheilung verfahren. Nach Befinden wird wohl auch zuvörderst ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt, und mit Ansetzung eines Inrotulationstermins erst dann verfahren, wenn die Streitsache nicht sofort im Termine mittelst Vergleichs oder Protocollarbescheids ihre Erledigung gefunden hat[4]. Im Erkenntnisse wird, gleichviel in welcher Form das Verfahren abgesetzt worden ist, entweder der Implorant mit seinem Gesuche zur ordentlichen rechtlichen Ausführung[5] verwiesen, weil es an Unterlagen zur Entscheidung fehlt, oder auf Beweis interloquirt, oder auch die Streitfrage sofort in der Hauptsache entschieden[6]. Im Beweisinterlocute

---

aufrecht zu erhalten, vielmehr die Wahl der Zwangsmittel dem Richter anheim geben mußte, deren es im concreten Falle bedarf, um seinen Anordnungen Gehorsam zu verschaffen. Wäre dazu jedesmal ein vorausgegangenes Erkenntniß nöthig, so würde an die Stelle der angeordneten summarischen, also beschleunigten Procedur bei fortgesetzter Chikane einer Partei grenzenlose Verschleppung treten. Ueberdieß schreibt die Erl. Pr.-O. IV, 1 ausdrücklich vor, daß die Parteien in allen Sachen gleich anfangs sub praejudicio vorgeladen werden sollen. Auch läßt sich für die hier vertheidigte Ansicht die Analogie der Vormundschafts-Ordnung v. 10. October 1782 Cap. XVIII §. 4. C. II. C. A. I. p. 383 fg. anführen. A. M. ist Volkmann System §. 313. p. 508. Auch das Appellationsgericht zu Dresden hat 1843 anders erkannt. Siehe aber die unten §. 11 not. 10 angezogenen den Rechnungsproceß betreffenden Präjudizien.

[3] Erl. Pr.-O. IV, 1. Nur bei geringfügigem Gegenstande bedarf es dieser Frist nicht. Siehe auch unten §. 16 not. 16.

[4] S. z. B. unten §. 16.

[5] Dazu kann eine peremtorische Frist gesetzt werden. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1850 X, 83. p. 377 fg.

[6] Vergl. hierzu Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1841. I, 41. p. 144 fg. 1844. IV, 101. p. 295 fg. u. 119. p. 347 fg., 1847. VII, 26. p. 80., wo ausge

muß beiden Theilen der Eidesantrag vorbehalten werden, da die Bestimmung, daß der Eidesantrag über den factischen Klaggrund nothwendig in der Klagschrift erfolgen müsse[7], nicht auf das formlose Anbringen im unbestimmten summarischen Processe angewendet werden kann[8]. Ist auf Beweis und Gegenbeweis interloquirt, so leiden die Formen des ordentlichen Processes Anwendung. Die Rechtsmittel und die Hülfsvollstreckung haben nichts Eigenthümliches.

§. 11.

Verfahren in Rechnungssachen.

Ist die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung zwischen zwei Parteien streitig[1], so muß auf Anerkennung dieser Verbindlichkeit in der Regel[2] im Wege des ordentlichen Processes geklagt werden[3]. Steht diese Verbindlichkeit aus rechtskräftigem Erkenntnisse oder proceßgerichtlichem Vergleiche fest, so gelten die Grundsätze von der Hülfsvollstreckung[4]. Ist dagegen die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung aus anderen öffentlichen oder Privaturkunden sofort liquid, so kann darauf in Form des Urkundenprocesses geklagt werden. Streiten sich aber die Parteien

---

führt wird, daß der Richter nur dann sofort definitiv oder doch auf Beweis erkennen dürfe, wenn die Vollständigkeit des von den Parteien beigebrachten Angriffs- und Vertheidigungsmaterials unzweifelhaft ist. Siehe auch daselbst 1850. X, 63. p. 273 fg.

7 Vergl. Erl. Pr.-O. XVIII, 1. Biener Syst. §. 102. Kori ordentl. Pr. §. 88. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 217.

8 Kori Summ. Pr. §. 1.

1 Von dem Falle, wenn die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung nach Grundsätzen des öffentlichen Rechts feststeht, ist hier nicht die Rede. Vergl. darüber Volkmann l. l. §. 313. p. 503 fg.

2 Natürlich kann aber aus anderen Gründen summarisch verfahren werden.

3 Indeß wollen nach gemeinem Rechte manche Rechtslehrer in diesem Falle summarisches Verfahren zulassen. Vergl. üb. die verschiedenen Ansichten Mehlen Summ. Pr. §. 95 (62). Süptitz Summ. Pr. §. 55. v. Gönner Handbuch IV, 75. §. 3 fg. Martin Lehrbuch §. 260 not. a. v. Linde Lehrbuch §. 339 not. 1. v. Bayer Summ. Pr. §. 80.

4 Doch wird dem Verpflichteten zu Einreichung der Rechnung, falls die Rechnung voraussichtlich von einigem Umfange ist, nicht eine 14tägige, sondern gewöhnlich eine Sächsische Frist gegeben, wie dieß §. 13 des Executionsgesetzes v. 28. Februar 1838 ausdrücklich gestattet. Zugleich wird eine Geldstrafe von 5 Thlrn. angedroht. Kommt der Beklagte der Verbindlichkeit innerhalb dieser Frist nicht nach, so findet das im Executionsgesetze §. 71 sub bb. Gesagte Anwendung. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1851 XI, 96. p. 419.

über die Richtigkeit einer bereits abgelegten Rechnung [5], so findet der Rechnungs- und Defectsproceß, processus de rationibus redditis [6], zu dem Zwecke Statt, um die Rechnung gerichtlich [7] feststellen, nach Befinden berichtigen zu lassen und den Rechnungsführer oder den Geschäftseigner zu Erfüllung der ihm nach Ausweis der festgestellten Rechnung obliegenden Verbindlichkeiten zu veranlassen [8]. Zuständig ist in dem Falle, wenn die Verwaltung unter öffentlicher Auctorität übertragen war, nach der von den Sächsischen Gerichten befolgten Ansicht nur das forum administrationis gestae; in allen anderen Fällen concurrirt mit diesem speciellen Gerichtsstande der persönliche Richter des Beklagten [9]. Der Proceß beginnt entweder mit einem An-

---

[5] Daher kann ein Proceß, in welchem anfangs nur auf Rechnungsablegung geklagt war, dadurch, daß die geforderte Rechnung abgelegt wird, in den Rechnungsproceß übergehen. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1851 XI, 96. p. 419 u. 427 fg. Unter einer Rechnung versteht man hier die Zusammenstellung mehrerer Einnahmen und Ausgaben, unter Angabe der Zeit und Ursache jeder einzelnen Post. Mehlen Summ. Pr. §. 94 sub II. Doch genügt es auch, wenn nur Einnahmen oder Ausgaben zusammengestellt sind. Vergl. v. Bayer Summ. Pr. §. 80 not. 2. Die Rechnung muß übrigens im Ganzen Gegenstand des Streits und nicht etwa nur eine einzelne Post herausgehoben sein. v. Gönner Handbuch IV, 75. §. 8. v. Bayer l. l. §. 81 not. 1. Von der Form der Rechnungen kann hier nicht die Rede sein. Vergl. Wochenblatt l. l. p. 419 fg. und die unten not. 6 angezogenen Schriften. Die Rechnung selbst ist weder als Klage noch als Exceptionsschrift anzusehen v. Bayer l. l. not. 2. v. Gönner l. l. §. 9. A. M. sind Mehlen l. l. §. 96. Claproth Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen, Göttingen 1783, p. 60.

[6] Mevius Decis. III, 42. Heinrich Arn. Lange, Abhandlung vom Rechnungswesen und dahin einschlagenden Rechten, Leipzig 1778. Justus Claproth, Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen, Göttingen 1783. Johann Christ. Rebmann von dem gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Rechnungsangelegenheiten, Erlangen 1789. Mehlen Summ. Pr. §. 94 fg. v. Gönner Handbuch IV, 75. Martin Lehrbuch §. 260. v. Linde Lehrbuch §. 339 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 80 fg. Leyser med. ad Pand. Sp. 677 u. 684. med. 29 fg. Ludwig Ernst Püttmann über die Referir- und Decretirkunst, Leipzig 1783. §. 171 u. 172. Jacob Fr. Kees, Anweisung zum zweckmäßigen Extrahiren und Referiren der Gerichtsacten, Leipzig 1785. p. 109 fg. Kori Summ. Pr. §. 10 fg. Volkmann l. l. §. 313. p. 502 fg.

[7] Verhandlung vor einer Gerichtsbehörde wird erfordert, wenn von einem wirklichen Rechnungsprocesse die Rede sein soll. W. H. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Erlangen 1831. II. §. 301. p. 403. Martin Lehrbuch §. 260 not. b.

[8] Dieser Proceß ist ein zusammengesetzter, insofern hier über mehrere Posten gleichzeitig gestritten wird. Mehlen l. l. §. 96.

[9] Vergl. namentlich fr. 19. §. 1. fr. 36. §. 1. fr. 45 pr. Dig. de jud. V, 1. Const. 1 u. 2. Cod. ubi de ratiocin. III, 21. Rchs.-Polizei-Ordnung v. 1577 Tit. 32 §. 1 u. 3. Vormundschaftsordnung v. 10. Octbr.

trage des Rechnungsführers, dem Geschäftseigner die abgelegte Rechnung, oder mit einem Antrage des Geschäftseigners die von ihm gegen die Rechnung aufgestellten Monita dem Rechnungsführer zur Erklärung vorzulegen, indem ebensowohl dieser, als jener die Rolle des Klägers übernehmen kann. Im ersteren Falle theilt das Gericht die Rechnung dem Gegner in Abschrift mit und fordert ihn auf, seine etwaigen Einwendungen dagegen unter fortlaufenden Nummern binnen einer zu diesem Zwecke bestimmten Frist einzureichen. Wird dieser Auflage, wie dieß zulässig und zweckmäßig, auf Antrag des Rechnungsführers die Verwarnung beigefügt, daß die Rechnung im Unterlassungsfalle für richtig geachtet werden würde[10], so muß die dazu gestattete Frist mindestens eine Sächsische sein[11]. Indeß fordert der Richter häufig den Gegner des Rechnungsführers zur Abgabe seiner Erklärung zunächst nur bei Geldstrafe auf. Kommt der Gegner des Rechnungsführers dieser seiner Verbindlichkeit innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so treten die angedrohten Nachtheile in Kraft. Die Rechnung wird also in dem Falle, wenn die Aufforderung eine peremtorische war, auf Antrag des Rechnungsführers mittelst Erkenntnisses für richtig, auch der Gegner seiner Einwendungen dagegen für verlustig erklärt. War dagegen nur eine Geldstrafe angedroht, so wird diese eingezogen und auf Antrag des Rechnungsführers entweder unter Androhung erhöhter Geldstrafe[12], oder nunmehr peremtorisch anderweite Auflage erlassen. Macht der Gegner des Rechnungsführers gegen die abgelegte Rechnung Einwendungen, Erinnerungen, Aus-

---

1782 Cap. VIII. C. II. C. A. I. p. 383 fg. Mandat v. 19. Februar 1827 §. 28 sub b. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 142 bei not. 3. Nach gemeinem Rechte läßt sich die Ausschließlichkeit des Gerichtsstands der Verwaltung, wenn diese eine öffentliche war, weder aus den angez. Gesetzstellen, noch aus der Titelrubrik in Tit. Cod. III, 21. rechtfertigen. S. mein Lehrbuch §. 80 not. 12.

[10] Kori Summ. Pr. §. 11. Hommels deutscher Flavius s. v. „Rechnung" No. I. u. III. und das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1850 X, 29. p. 144. mitgetheilte Erkenntniß des Ober-App.-Gerichts. Auf gleiche Weise hat diese Oberbehörde 1847 in Sachen Kormann c. Fischer erkannt. Siehe auch Ackermann Rechtssätze N. F. I, 31 p. 47 fg. und oben §. 10 not. 2.

[11] Erl. Pr.-O. IV, 1. Bei geringfügigen Rechnungssachen, wo der Gesammtbetrag aller in der Rechnung aufgenommenen, oder doch der bestrittenen Posten den Betrag von 100 Thlrn. nicht übersteigt, ist auch 14tägige Frist hinreichend.

[12] Die Androhung von Geldstrafen kann bei wiederholtem Ungehorsam des Impetraten auch ferner fortgesetzt werden.

stellungen, Monita, Defecte[13] geltend, so hat er zu diesem Zwecke eine unfeierliche Schrift einzureichen, in welcher die Rechnung defectirt, d. i. in aphoristischen Sätzen unter fortlaufenden Nummern gegen die Rechnung überhaupt oder gegen einzelne Posten derselben Ausstellungen gemacht, Monita gezogen werden[14]. Indeß ist es auch gestattet, die Monita mündlich zu Protocoll geltend zu machen[15]. Von Einreichung dieser Schrift an werden die Parteien als Defectant und Defectat bezeichnet. Die Monita werden dem Defectaten vom Gericht in Abschrift mitgetheilt. Zugleich wird demselben aufgegeben, sich gegen die gezogenen Defecte innerhalb einer zu diesem Zwecke bestimmten Frist zu verantworten. In der Regel wird auch diese Auflage unter Gestattung einer Sächsischen Frist[16] und bei Strafe des Eingeständnisses und der Ueberführung[17] erlassen. Die Erklärung des Defectaten, in welcher die vom Defectanten beobachtete Reihen- und Nummerfolge ebenfalls festzuhalten ist, fertigt der Richter diesem Letzteren, jedoch gewöhnlich ohne Beifügung eines Präjudizes, und ohne daß es dazu einer Sächsischen Frist bedarf, zur Beantwortung abermals zu, und wird mit diesem Schriftenwechsel so lange fortgefahren, bis der Richter die streitigen Punkte für genügend erörtert hält[18]. Sollte ein Theil die Fortsetzung des Verfahrens verzögern, so kann der Richter eine Präclusivfrist festsetzen, nach deren Verlauf die betreffende Partei der Proceß-

---

[13] Diese sind entweder allgemeine, welche die Form der Rechnung und die Pflichten des Rechnungsführers im Allgemeinen betreffen, oder besondere, welche sich nur auf einzelne Ausgabe- oder Einnahmeposten beziehen. Mehlen l. l. §. 97. Claproth Summ. Pr. §. 21 fg. v. Linde Lehrbuch §. 340. Bei den besonderen muß die Post in der Rechnung, auf welche sie sich beziehen, genau bezeichnet sein. v. Gönner l. l. IV, 75. §. 11. Die Monita sind processualisch bald als negative Einlassungspunkte, bald als Ausflüchte zu betrachten. v. Bayer l. l. §. 81. p. 203.

[14] Gewöhnlich wird diese Schrift mittelst Präsentationsschreibens überreicht.

[15] In der Regel ist dieß nicht rathsam. v. Gönner l. l. IV, 75. §. 13 sub 3.

[16] Bei geringfügigen Rechnungssachen — s. oben not. 11. — genügt 14tägige Frist.

[17] Nach dem oben §. 10 not. 2 Gesagten läßt sich das Recht des Richters, auch hier peremtorische Auflage zu erlassen, füglich nicht bezweifeln.

[18] Kori l. l. §. 11. Die Sätze werden im Concept eingereicht. Die Verhandlung muß so lange fortgesetzt werden, bis kein Punkt mehr übrig ist, hinsichtlich dessen nicht wenigstens auf Beweis interloquirt werden könnte. A. M. ist Volkmann l. l. §. 314. p. 510., indem er ohne Grund behauptet, das Verfahren könne in der Regel nur bis zur Duplik fortgesetzt werden.

handlung verlustig wird[19]. Ein Verhörstermin wird dem Gesagten zu Folge in diesem Processe nicht anberaumt. Auch der Anstellung eines Sühneversuchs bedarf es nicht. Indeß kann der Richter nach seinem Ermessen einen Gütetermin anberaumen, wenn sich erwarten läßt, daß der Sühneversuch zu einem günstigen Resultate führen werde[20]. Nach abgesetztem Schriftenwechsel wird das Actenstück zum Verspruch inrotulirt und ein Erkenntniß gefällt, in welchem über alle einzelne Streitpunkte gleichzeitig definitiv oder interlocutorisch erkannt wird[21]. Versendung der Acten zum Verspruch ist zulässig. Ueber Monita, deren Gegenstand ein geringfügiger ist, wird immer definitiv, im entgegengesetzten Falle aber häufig auch interlocutorisch auf Beweis erkannt[22]. Einzelne Posten, welche nicht deutlich oder bestimmt genug in der Rechnung aufgeführt sind, und Erinnerungen gegen die Rechnung, welche der Defectant nicht genügend begründet hat, werden entweder zu besonderer Ausführung verwiesen[23], oder es wird dem Theile, welcher sich eine solche Unbestimmtheit zu Schulden kommen ließ, die bessere Begründung seines Anführens auferlegt. Ist der Gegenstand der gesammten zur Zeit der Acteninrotulation streitig gebliebenen Defecte ein geringfügiger, so muß die Beweisführung vor Inrotulation der Acten beigebracht werden, und gelten in solchem Falle in Betreff der Beweisführung überhaupt die Grundsätze, welche für das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen vorgeschrieben sind[24]. In Betreff

---

[19] Mehlen l. l. §. 98. v. Gönner l. l. §. 12. Namentlich kann der Richter in dem Falle, wenn eine Partei über eine Thatsache sich gar nicht erklärt, dieselbe zur Erklärung sub poena confessi et convicti unter Gestattung einer Sächsischen Frist auffordern. Mehlen l. l.

[20] Diese schon nach allgemeinen Grundsätzen unzweifelhafte Berechtigung des Richters hat das Ober-App.-Gericht 1847 in Sachen Kormann c. Fischer ausdrücklich anerkannt.

[21] Zweckmäßig werden in einem solchen Erkenntnisse nicht nur Einnahmen und Ausgaben von einander getrennt, sondern auch bei beiden diejenigen Punkte, hinsichtlich deren auf gleiche Weise erkannt wird, nach Classen zusammengestellt. Martin Lehrbuch §. 260. v. Bayer Summ. Pr. §. 82 sub II.

[22] Kori l. l. §. 11.

[23] Immer geschieht dieß in Betreff solcher fremdartiger Posten, welche die Geschäftsführung, worüber Rechnung abgelegt wird, gar nicht betreffen. Kori Summ. Pr. §. 11. Vergl. auch das im Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1842. II, 78. p. 285 mitgetheilte Präjudiz des vormaligen App.-Gerichts.

[24] Vergl. unten §. 70 fg. Sind neben größeren Defecten auch geringfügige streitig geblieben, so kann der Beweis derselben gleichzeitig mit dem Beweise der größeren unternommen werden. Vergl. auch unten §. 71 nach not. 33.

der mittelst Beweisinterlocuts auferlegten, vorbehaltenen oder nachgelassenen Beweisführung gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes[25]. Nach Absetzung des Beweis- und Gegenbeweisverfahrens wird über sämmtliche Streitpunkte definitiv erkannt, soweit solche nicht bereits durch das erste Erkenntniß sich erledigt haben. In diesem Erkenntnisse kann nach Befinden ebensowohl der Impetrant, als der Impetrat verurtheilt werden[26]. Auch kann nach erfolgter Erledigung der sämmtlichen Monita noch auf eidliche Bestärkung der Richtigkeit der Rechnung von Seiten des Rechnungsführers erkannt, jedoch dem Defectanten die probatio majoris substantiae nachgelassen werden.

Beginnt der Geschäftseigner, Defectant, den Rechnungsproceß seinerseits durch Einreichung oder mündliche Geltendmachung der Monita[27], so hat er denselben die vom Gegner abgelegte Rechnung, gegen welche die Monita gezogen sind, beizulegen. Dieselbe wird dem Defectaten mit den Defecten zugleich in Abschrift zugefertigt. Uebrigens wird auch hier ganz ebenso verfahren, wie dies dann der Fall ist, wenn der erste Antrag auf Einleitung des Rechnungsprocesses vom Rechnungsführer ausgegangen war[28].

Die nämlichen Grundsätze leiden auch in dem Falle Anwendung, wenn die Richtigkeit eines herausgegebenen Vermögensverzeichnisses bestritten wird[29]. Nur wird hier die Verantwortung gegen die gezogenen Defecte dem Defectaten gewöhnlich zunächst nur bei Geldstrafe und ohne Beifügung eines Präjudizes aufgegeben. Der Eid, mittelst dessen der Defectat in der Regel die Richtigkeit des von ihm herausgegebenen Vermögensverzeichnisses erhärten muß, heißt Specificationseid, jusjurandum specificationis[30]. Derselbe darf zwar nicht auf die Wahrheit

---

[25] Sehr häufig ist der Notheid. Ueber die Zuziehung von Sachverständigen s. Alte Pr.-O. XXVIII, 2. Erl. Pr.-O. XXVIII, 2. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 280 not. 10.

[26] Denn beide Theile sind hier als Kläger und als Beklagter zu betrachten.

[27] Siehe oben nach not. 9.

[28] Siehe oben nach not. 15 fg.

[29] Auf die Frage, ob Jemand zur Herausgabe eines Vermögensverzeichnisses verpflichtet sei, bezieht sich auch dieser Proceß nicht. Vergl. v. Hartitzsch Entscheidung practischer Rechtsfragen mit Rücksicht auf Erkenntnisse von Oberbehörden, Leipzig 1840. No. 279 und oben bei not. 2.

[30] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 257.

der außenstehenden Forderungen, muß aber auf die Außenstände insofern erstreckt werden, als der Specificat zu beschwören hat, daß er an außenstehenden Forderungen ein Mehreres, als er bereits im Vermögensverzeichnisse angegeben, nicht anzugeben wisse und dergleichen weder eingehoben, noch wissentlich verschwiegen habe[31].

Gegen das Verfahren sowohl, als gegen Erkenntnisse im Rechnungsprocesse sind die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig[32]. Nach eingetretener Rechtskraft des Enderkenntnisses kann die in demselben justificirte Rechnung nicht mehr angefochten werden[33]; bloße Rechnungsfehler werden jedoch nicht rechtskräftig, sobald es sich nur um einen Irrthum in der Zusammenrechnung, nicht in den factischen Unterlagen zur Berechnung handelt[34]. Die Hülfsvollstreckung hat nichts Eigenthümliches. Dem Hülfsgesuche muß in allen Fällen ein Liquidum beigelegt werden[35].

---

[31] Hommel Rhapsodia quaestionum in foro obvenientium neque tamen legibus decisarum, Byruthi 1782 sq. Obs. 255. n. 7 u. 8. u. das in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Leipzig 1838 fg. Neue Folge III, p. 263 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts.

[32] Die ordentlichen Rechtsmittel haben auch Suspensivkraft. Vergl. v. Gönner Handbuch IV, 75. §. 15.

[33] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 121. Mein Lehrbuch §. 99 fg. Anfechtung der rechtskräftig justificirten Rechnung ist nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn außerordentliche Rechtsmittel eingewendet werden können. Dieß gilt übrigens nicht bloß hinsichtlich der streitigen, sondern auch hinsichtlich der nicht streitigen Punkte. Const. un. Cod. de errore calculi II, 5. v. Gönner l. l. IV, 75. §. 17 sub 3. Die Gründe, aus denen eine privatim oder durch Vergleich justificirte Rechnung später noch angefochten werden kann, gehören nicht hierher. Vergl. const. un. laud. u. fr. 8. Dig. de administr. rerum ad civ. pert. L, 8. v. Gönner l. l. §. 17 fg. Glück Comment. XXXII, §. 1365. p. 203 fg. de Leyser Med. ad Pand. Sp. 677. med. 3 fg.

[34] Fr. 1. §. 1. Dig. quae sent. sine app. rescind. XLIX, 8. vergl. mit der nur scheinbar entgegenstehenden const. un. Cod. de errore calculi II, 5. Danz ordentl. Pr. §. 446. v. Gönner l. l. §. 17 sub 7. Reinhardt Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Processes, Stuttgart 1823, §. 335 not. 16. v. Bayer Summ. Pr. §. 82 sub IV. v. Langenn u. Kori Erörterungen practischer Rechtsfragen, Aufl. II. Dresden und Leipzig 1836, III. 9. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 121.

[35] Executionsgesetz v. 28. Februar 1838 §. 8. Ueber die Anwendung des Grundsatzes: „Liquidi cum illiquido nulla est compensatio“ im Rechnungsprocesse s. v. Gönner l. l. IV, 75. §. 14., welcher denselben mit Recht nur dann als anwendbar anerkennt, wenn die Parteien darüber einig sind, daß der eine Theil einen bestimmten durch andere zur Zeit noch zweifelhafte Posten nicht absorbirten Betrag schuldig sei, und wenn der eine Theil illiquide fremdartige, aus der Verwaltung nicht entsprungene Posten aufrechnen will.

§. 12.

Arrestproceß*. Allgemeine Grundsätze.

Nach Aufhebung[1] des bestimmten summarischen Arrestprocesses des älteren Sächsischen Rechts[2] ist das die Zulässigkeit eines allgemeinen oder speciellen Veräußerungsverbots, beziehendlich der Beschlagnahme eines ganzen Vermögens, einer einzelnen körperlichen Sache oder Forderung des Schuldners[3] betreffende Verfahren — Arrestproceß, processus arresti — ein unbestimmtes summarisches. Veranlaßt wird dasselbe durch das Arrestgesuch[4], d. i. einen auf Erlassung eines Veräußerungsver-

---

* S. überhaupt mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 140 und die daselbst not. 2 angeg. Gesetzstellen und Schriften. Mehlen Summ. Pr. §. 62 fg. Danz Summ. Pr. Aufl. II. §. 49 fg. Süptitz Summ. Pr. §. 19 fg. Martin Lehrbuch §. 240 fg. v. Linde Lehrbuch §. 348 fg. Heffter System §. 405. v. Bayer Summ. Pr. §. 21 fg. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV, §. VII. p. 223 fg. Mühlenbruch Entwurf §. 440 fg. Mein Lehrbuch §. 120. de Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 3. Biener Syst. §. 258 sq. Kori Summ. Pr. §. 96 fg. Volkmann l. l. §. 194. p. 461 fg. Ueber den Unterschied zwischen Arrest, Retentionsrecht und Caution s. Schwarze u. Heyne Untersuchung practisch wichtiger Materien aus dem Gebiete des im Königreiche Sachsen geltenden Rechts, Dresden und Leipzig 1841. I, p. 1 fg.

[1] Erl. Pr.-O. XLVIII u. LI.

[2] Const. Elect. 29 u. 30. P. 1. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Alte Pr.-O. XLIV, XLVIII u. LI. Wernher Obs. For. P. III, Obs. 199. Biener l. l. §. 258 fg. Kori l. l. §. 96 fg.

[3] Nur Sachen des Schuldners dürfen mit Arrest belegt werden. Alte Pr.-O. LI, 5. Kori l. l. §. 96 not. 8. Doch wird die unbescheinigte Behauptung des Schuldners oder eines Dritten, daß die Sache dem Schuldner nicht gehöre, nicht berücksichtigt, vielmehr mit der Beschlaglegung trotzdem verfahren. Vergl. hierzu Executionsgesetz v. 28. Februar 1838 §. 55 u. 31. v. Bayer Summ. Pr. §. 21. Steht dem Schuldner nur das Miteigenthum an der mit Beschlag zu belegenden Sache zu, so darf der Arrest nur insoweit gelegt werden, als dieß ohne Beeinträchtigung der andern Miteigenthümer geschehen kann. v. Bayer l. l. not. 3 am Ende. Dasselbe gilt von dinglichen Rechten, welche dem Schuldner an der Sache eines Dritten zustehen.

[4] Von Amtswegen darf Arrest nur angelegt werden, wenn eine Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit zu befürchten steht. Rchs.-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555 II, 21. §. 3. v. Gönner Handbuch IV, 79. §. 15. v. Bayer l. l. §. 32 not. 1. Pfeiffer practische Ausführungen I, p. 297 fg. W. H. Puchta in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß V, 7. p. 107 fg. Schmid Handbuch des gemeinen Civilprocesses §. 197. p. 117 fg. Mein Lehrbuch §. 120. Curtius Handbuch IV, §. 1546. Das Arrestgesuch kann übrigens, wenn Gefahr im Verzuge ist, sogar an Sonn-, Feier- und Bußtagen angebracht und darauf verfügt werden. Cap. 3 u. 5. X. de feriis II, 9. Süptitz l. l. §. 22. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 128. Der Anwalt muß zu Ausbringung des Arrests legitimirt sein. Indeß reicht generelles Mandat hin. Berger Oec. Jur. IV, 30. th. 3. not. 12. Ist die Gefahr im Verzuge augenscheinlich, so läßt sich sogar die Ertheilung des Arrests

bots oder auf Beschlaglegung gerichteten schriftlichen oder mündlichen Antrag, welchen der Gläubiger zu dem Zwecke stellt, um entweder eine bestimmte bereits streitig gewordene Sache, beziehendlich ohne Rücksicht auf eine solche im Allgemeinen ein Executionsobject für den künftigen[5] Hauptproceß, in seinem alleinigen Interesse, oder bei drohendem Concurse die Masse im Interesse der gesammten Gläubigerschaft sicher zu stellen[6]. In diesem Arrestgesuche bittet der Gläubiger, wenn dasselbe eine Sache betrifft, welche durch Anstellung dinglicher Klage bereits zur res litigiosa geworden ist, entweder einfach um Erlassung eines Veräußerungsverbots an den Beklagten[7], oder unter Bezugnahme auf besondere Gründe[8], aus welchen er wegen dereinstiger Herausgabe der Sache und ihrer Nutzungen gefährdet erscheine, auch sofortiger einiger Bescheinigung dieser Gründe, um Anlegung einer Sequestration, um gerichtliche Verwahrung oder andere provisorische Sicherungsmaßregeln[9]. Einer Bescheinigung des mittelst der Klage geltend gemachten dinglichen Rechts bedarf es in diesem Falle zu Rechtfertigung des Arrestgesuchs

---

ohne vorgängige Legitimation des Anwalts rechtfertigen. Leyser Med. ad Pand. Sp. 475. med. 6.

[5] Indeß kann das Arrestgesuch auch nach bereits erfolgter Einleitung des Hauptprocesses oder gleichzeitig mit derselben eingereicht werden. Erfordert wird nur, daß der Hauptproceß zur Vollstreckung der Hülfe im engeren Sinne noch nicht reif sei. Mehlen l. l. §. 73.

[6] Daher bildet dieser Proceß nur scheinbar eine Ausnahme von der Regel, daß mit der Execution nicht angefangen werden dürfe. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 54. Denn die hier vorkommende Beschlaglegung ist keine Execution, sondern nur ein Sicherungsmittel und gelten daher von derselben auch keineswegs die Grundsätze des Executionsgesetzes v. 28. Februar 1838.

[7] Ein solches specielles Veräußerungsverbot nützt freilich wenig, da dem Beklagten dadurch weder Besitz noch Verwaltung entzogen wird. Die mit der res litigiosa vom Beklagten vorgenommenen Veräußerungen und Veränderungen braucht der Kläger ohnehin nicht anzuerkennen. Novella 112. cap. 1. Cap. 3 et 4. X. Ut lite pendente nil innovetur II, 16. Clem. 2. eodem II, 5. Spangenberg im Archiv f. d. civil. Praxis IX, 24. p. 406 fg. v. Vangerow Pandecten I, §. 160. p. 287 fg. Sintenis Civilrecht I, §. 33. p. 332 fg. C. G. Wächter Erörterungen III, 13. p. 105 u. 114. A. Brückmann Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität, Kiel 1849. Mein Lehrbuch §. 186.

[8] Namentlich schlechte Bewirthschaftung des Grundstücks, Mißbrauch der Sache, Verdacht der Flucht, Abfall der Nahrung des Beklagten, große Erbitterung der Parteien, in Folge deren Thätlichkeiten zu befürchten sind. Wochenblatt f merkw. Rechtsfälle 1848 VIII, 108. p. 392.

[9] Fr. 7. §. 2. Dig. Qui satisdare cogantur II, 8. Fr. 21. §. 3. Dig. de appellationibus XLIX, 1. Const. 5. Cod. Quorum appellationes non recipiuntur VII, 65. Tit. X. de sequestratione poss. et fructuum II, 17. Clem. 1. eodem II, 6.

nicht[10]. Bei bestimmten Sachen, welche Gegenstand eines persönlichen Anspruchs sind, mag darüber Proceß anhängig sein oder nicht, bedarf es zu Ausbringung eines Veräußerungsverbots einiger Bescheinigung der Forderung[11]. Will dagegen der Gläubiger die wirkliche Beschlagnahme, beziehendlich Sequestration der Sache herbeiführen, so muß er noch überdieß besondere Gründe anführen und einigermaßen bescheinigen, aus denen eine Gefährdung seines persönlichen Anspruchs auf die Sache erhellt. Handelt es sich endlich blos darum, ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Streitobject im Allgemeinen ein Hülfsobject zu sichern, so muß der Gläubiger im Arrestgesuche sowohl die Existenz[12] seiner Forderung[13], als einen der zu Anlegung des Arrests gesetzlich erforderlichen Gründe[14] anführen und sofort

---

[10] v. Langenn u. Kori Erörterungen practischer Rechtsfragen II, 19. p. 190.

[11] Abfall der Nahrung des Schuldners oder das Vorhandensein einer sonstigen Gefährdung braucht auch in diesem Falle, wo es sich nur um Erlassung eines Veräußerungsverbots handelt, nicht bescheinigt zu werden. v. Langenn u. Kori Erörter. pract. Rechtsfr. II, 19. p. 192. u. die im Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1843 III, 2. p. 6 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts. Vergl. auch unten §. 13 not. 7.

[12] Daß der durch die Beschlaglegung zu sichernde Anspruch ein unbedingter und bereits fälliger sei, wird nach der richtigeren Ansicht nicht erfordert. v. Langenn u. Kori l. l. II, 19. p. 193 fg. So hat das Ober-App.-Gericht 1840 und nach dem in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. Neue Folge V, p. 468 fg. mitgetheilten Präjudize 1845 erkannt. Auch braucht der Antragsteller die bescheinigte Forderung nicht sofort zu liquidiren. Doch muß er in diesem Falle Sicherheit leisten. Kind Quaest. For. III, 89. p. 394. Vergl. noch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1853 N. F. I, 95. p. 407 fg. und über die Verkümmerung wegen möglicher Ansprüche aus einer geführten Verwaltung Ackermann Rechtssätze N. F. III, 378. p. 40 fg.

[13] Diese Bescheinigung wird nach der richtigeren Ansicht auch dann erfordert, wenn es sich um die Forderung eines Inländers gegen einen Ausländer handelt. So hat sich das Justizministerium in Sachen Siedel c. von Mierczcewsky 1844 ausgesprochen. A. M. ist das Ob.-App.-Gericht 1845 gewesen.

[14] S. über diese Gründe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 140. Die Ausdehnung, welche Volkmann l. l. §. 194. p. 464 unter 3 u. 5 denselben giebt, möchte sich schwerlich rechtfertigen lassen. Wenn Sicherstellung versprochen worden ist, bedarf es keiner weiteren Bescheinigung einer Gefährdung. Vergl. Ackermann Rechtssätze N. F. III, 492. p. 326 fg. Dagegen genügt Ausländern solcher Staaten gegenüber, mit denen Staatsverträge wegen gegenseitiger Gewährung der Rechtshülfe abgeschlossen sind, — s. unten not. 26. — die bloße Bezugnahme darauf, daß der Schuldner Ausländer sei, nicht. Vielmehr sind diese insoweit den Inländern völlig gleichgestellt. Vergl. die von Ackermann l. l. I, 46. p. 90 fg., I, 136. p. 262 fg., IV, 535. p. 77. Ueber den Begriff „Abfall der Nahrung" vergl. Wernher Obs. For. P. VII, Obs. 194. Guenther Diss. Quid sit: „der Abfall der Nahrung des Schuldners" a creditoribus inhibitionem petentibus demonstrandus, Lipsiae 1840. Die Bescheinigung dieses Abfalls der Nahrung ist von Bescheinigung

einigermaßen bescheinigen[15], das mit Beschlag zu belegende

---

der Insolvenz wohl zu unterscheiden. Indeß gehört dazu das Anführen und die Glaubhaftmachung bestimmter Thatsachen, aus denen sich auf mißliche Vermögensumstände des Schuldners schließen läßt. So hat das Ober-App.-Gericht in Sachen Scheibe c. Pinckert 1846 sich ausgesprochen, und dabei bemerkt, daß ein Zeugniß des Gerichts, wornach der Schuldner durch sein Verhalten, namentlich durch den Genuß geistiger Getränke seine häuslichen Verhältnisse zerrüttet habe, bei dem Mangel der Bezugnahme auf actenkundige, die Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse andeutende Vorgänge zu allgemein und unbestimmt sei, um das Arrestgesuch zu rechtfertigen. Hat bereits ein Gläubiger die Arrestlegung beantragt und erlangt, so bedarf es von Seiten anderer Gläubiger, um Superarrest zu erlangen, nur der Bescheinigung der Forderung, es müßte denn der von einem anderen Gläubiger bereits erlangte Arrest ein solcher sein, zu dessen Anbringung die vorgängige Bescheinigung eines besonderen Grundes nicht erfordert wird. Vergl. unten bei not. 33. Ueber die Erfordernisse zu Ausbringung allgemeinen Arrests s. unten §. 15.

[15] Torgauer Ausschreiben v. 8. Mai 1583 vom Arrest rc. C. A. I. p. 137 fg. Alte Pr.-O. LI, 12. Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661 tit. von Justizsachen, §. 9. C. A. I. p. 195 fg. Erl. Pr.-O. LI. Wernher Obs. For. P. III, Obs. 62., P. IX, Obs. 9., P. X, Obs. 431. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 3. not. 3. Leyser Med. ad Pand. Sp. 475. med. 2. Kind Quaest. For. III, 89. Biener Syst. §. 259 fg. v. Langenn u. Kori l. l. II, 19. Käuffer Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren, Zwickau 1839, not. 64. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr., Nr. 215. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1843, III, 97. p. 280. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 140. Eidesantrag ist dabei nicht zuläßig. Berger l. l. not. 22. Ebensowenig genügt dazu in dem Falle, wenn der Anspruch, zu dessen Sicherung Arrestlegung beantragt wird, bereits klagbar gemacht worden ist, der über die Klagunterlagen angetragene oder wohl auch bereits rechtskräftig auferlegte Eid, da ohnehin dessen Leistung vorausgesetzt wird. So hat das Ober-Appell.-Gericht in Sachen Michaelin c. Schaabe 1845 sich ausgesprochen. Ist der Eid zurückgegeben, so erscheint aus dem nämlichen Grunde die Arrestlegung auch dann gerechtfertigt, wenn der Beklagte Ausflüchte vorgeschützt hat, welche noch des Beweises bedürfen. Ackermann l. l. IV, 535. p. 77. Einfache Abschriften von Urkunden reichen zur Bescheinigung ebenso wenig aus, da sie gar keine Beweiskraft haben. Käuffer l. l. A. M. ist Wernher l. l. P. IX, Obs. 9 u. 47. Ebensowenig eine im Original producirte Privaturkunde, wenn sich der Gegner zur Diffession derselben bereits vor Gericht erboten hat, es müßten denn sonst aus den Acten Momente sich ergeben, welche die Urkunde unterstützen und das Anführen des Impetranten als wahrscheinlich darstellen. So hat das Ober-App.-Gericht in Sachen Lehmann c. Pötzsch 1845 erkannt. Dagegen genügt ein vidimirter Extract aus dem Handlungsbuche des Gläubigers, wenn auch derselbe nur notariell beglaubigt ist. Vergl. Wernher l. l. P. IX, Obs. 431. Ueber das Erbitten von Marginalattesten, um aus anderen Acten den Abfall der Nahrung zu bescheinigen s. die im Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1848 VIII, 133. p. 504 mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts. Einen Fall, wo notorische Thatsachen für ausreichend angesehen worden sind, die Beschlagnahme zu rechtfertigen, theilt Ackermann l. l. IV, 527 fg. p. 63 fg. mit. Die Bescheinigung durch Zeugen ist nicht ausgeschlossen. So hat das Ob.-App.-Gericht 1843 u. 1845 in Sachen Weber c. Wolff sowie 1846 in Sachen Frankin c. Wolf sich ausgesprochen und dabei in der letzteren Sache noch bemerkt, daß die summarische Abhörung von Zeugen nur dann unzuläßig sei, wenn dieselbe nach Lage der Sache als ungeeignet sich herausstelle, wenn namentlich die Bescheinigung durch Zeugen eine unzuläßige Cumulation mit dem in der Hauptsache etwa gebrauchten Eidesantrage involvire. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1846 VI, 18. p. 56. u. 1847 VII, 126.

Object[16] bezeichnen und um die der Beschaffenheit des Objects im concreten Falle angemessene richterliche Verfügung der Beschlagnahme bitten[17]. Der Antrag auf Anlegung des Arrests kann nicht nur bei dem persönlichen Richter des Schuldners, sondern auch bei dem Gerichte der gelegenen Sache oder der entstandenen Verbindlichkeit, bei durchreisenden Ausländern sogar an deren zeitigem Aufenthaltsorte gestellt werden[18]. Der Richter

---

p. 395 fg., 1853 N. F. I, 95. p. 407 fg., 1854 N. F. II, 5. p. 15 fg. Bloße Cautionsbestellung des Impetranten für den Fall, wenn sich die Anlegung des Arrests später nicht rechtfertigen sollte, genügt in Sachsen nicht. de Berger l. l. not 5. Mevius tr. de arrestis, Cap. 10. No. 36. Süptitz Summ. Pr. §. 21 not. 5. Ueber das gemeine Recht s. v. Grolman Theorie, §. 240. not. 2. v. Bayer Summ. Pr. §. 32. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. 2c. IV, §. VII. p. 228 u. 237.

16 Und zwar entweder eine körperliche Sache oder eine Forderung des Schuldners. Vom allgemeinen Arreste s. unten §. 15. Bei durchreisenden Ausländern kann sogar der Paß oder das Wanderbuch mit Beschlag belegt werden. Käuffer l. l. not. 63. p. 39. v. Wagner in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge III, 2. p. 35. So hat auch das Ober-Appell.-Gericht 1845 in Sachen Siebel c. v. Mierzczewsky u. Michaelin c. Schaabe sich ausgesprochen. S. auch Ackermann Rechtssätze N. F. II, 328. p. 252 fg., II, 331. p. 258 fg. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. X, p. 543 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851 XI, 8. p. 25 fg. u. 1849 IX, 27. p. 94 fg., wo bemerkt wird, daß die Paßverkümmerung nicht bloß als cautio de judicio sisti, sondern als cautio judicatum solvi zu betrachten sei. Das Verfahren über die Zulässigkeit dieser Maßregel, welches nach erfolgter Verkümmerung des Passes oder Wanderbuchs abgesetzt werden kann, ist ebenfalls communicatorisch. Die Inhibition von Gesindezeugnißbüchern ist nicht zulässig. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII. p. 526 fg., X. p. 545. Die Bestimmungen des Executionsgesetzes v. 28. Febr. 1838 §. 45 fg., wornach der Schuldner möglichst geschont werden soll, müssen hier, wo das Recht des Gläubigers in der Regel noch nicht einmal völlig liquid ist, ebenfalls beachtet werden, soweit dieß ohne Gefährdung des Gläubigers geschehen kann. Sachen, in welche die Execution nach gesetzlichen Bestimmungen überhaupt gar nicht geschehen darf, können auch nicht Gegenstand des Arrestschlags sein. Daher hat das App.-Ger. zu Dresden 1846 die Beschlagnahme von unentbehrlichen Kleidungsstücken und Betten sogar für den Fall als unstatthaft anerkannt, wenn der Anspruch des Impetranten gerade auf diese Objecte gerichtet ist. Ueber die Beschlagnahme militärischer Einstandsgelder s. Gesetz v. 26. Octbr. 1834 §. 60. Ackermann l. l. III, 487. p. 315 fg. Wegnahme von Gegenständen, welche sich im Besitze des Schuldners selbst befinden, also Besitzentsetzung des Schuldners kann der Gläubiger, da es sich nur um dessen Sicherstellung handelt, nicht verlangen. Rücksichtlich solcher Sachen kann er mithin bloß die Erlassung eines Veräußerungsverbots an den Schuldner beantragen, was in der Regel keine ausreichende Sicherheit gewähren wird. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 42. p. 254 fg. u. unten §. 13.

17 Mehlen Summ. Pr. §. 71 fg. Süptitz Summ. Pr. §. 25. v. Bayer Summ. Pr. §. 32.

18 Mehlen l. l. §. 64. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 140 bei not. 3. Wird der Antrag bei einem anderen, als dem judex rei sitae gestellt, so muß dieser Letztere requirirt werden. Allgemeiner Arrest — s. unten §. 15. — kann nur bei dem persönlichen Richter des Schuldners ausgebracht werden. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. l. l. Bei Verwal-

hat zuvörderst den Antrag zu prüfen[19]. Hält er denselben für unstatthaft, so weist er den Antragsteller unter Angabe des Grundes mittelst Resolution zurück[20], im entgegengesetzten Falle trifft er die erbetene Sicherungsmaßregel, indem er entweder ein Veräußerungsverbot an den Schuldner erläßt, oder die Beschlaglegung vollzieht und, nachdem dies geschehen, den Schuldner, falls derselbe zugegen, oder ihm sonst die Insinuation füglich geschehen kann, davon mit der Aufforderung in Kenntniß setzt, seine etwaigen Einwendungen hiergegen innerhalb einer Frist von drei Wochen vorzubringen[21]. Unterläßt dies der Schuldner, so wird er dieser Einwendungen verlustig. Macht er dagegen dergleichen Einwendungen[22] geltend, so wird das Verfahren über dieselben in Form des unbestimmten summarischen Processes[23] abgesetzt und sodann entschieden. Dieses Verfahren bezieht sich jedoch ausschließlich auf die Zulässigkeit der vom Richter bereits verfügten Sicherstellung des Gläubigers, nicht auf die Forderung

---

tungsbehörden kann auf Arrestlegung nicht angetragen werden. Verordnung v. 9. April 1836. §. 9. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 14. Vergl. auch wegen der im Gewahrsam der Zoll- und Steuerämter befindlichen Gegenstände Verordnung v. 11. Mai 1835. Ausländer können gegen Ausländer bei Sächsischen Gerichten keinen Arrest ausbringen — v. Wagner l. l. Volkmann l. l. §. 194. p. 464 — es müßte denn das forum contractus im Inlande begründet sein. Vergl. Ackermann l. l. N. F. II, 331. p. 258 fg.

[19] Mehlen l. l. §. 74 fg. Biener Syst. §. 259. v. Langenn u. Kori l. l. II, 19. p. 180 fg. Käuffer l. l. not. 66 u. 67.

[20] Eine Notification an den Gegner wird in diesem Falle nicht erlassen. Vergl. unten not. 27. Diese Resolution wird nicht rechtskräftig und kann daher vom Richter selbst jederzeit wieder abgeändert werden.

[21] Decis. Elect. 27. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Erläuterungsrescript v. 19. Februar 1721. C. A. I. p. 1203. Diese Gesetze betreffen zwar nur die Inhibition von Forderungen, werden aber mit Recht auch auf andere Arrestfälle analog angewendet. Eines Rechtfertigungstermins bedarf es in Sachsen nicht. Ueber das gemeine Recht s. besonders Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß IV. §. VII. p. 240 fg. Von dieser Zeit an sind alle Dispositionen des Schuldners über die Sache nichtig. Süptitz l. l. 26. Doch können im Fall der Insolvenz auch frühere Dispositionen mittelst der Paulianischen Klage nach Befinden rescindirt werden. Kori Summ. Pr. §. 96. not. 5. Im Fall des Ausbruchs des Concurses gewährt der Arrest kein Vorzugsrecht. Vergl. unten am Ende.

[22] Diese Einwendungen können bestehen in der Nachweisung des Mangels wesentlicher Erfordernisse des Verfahrens, oder in der Nachweisung, daß auf den Gegenstand kein Arrest gelegt werden dürfe, oder daß der vom Kläger einigermaßen bescheinigte Grund zur Arrestlegung nicht vorhanden sei, oder daß die Forderung selbst dem Impetranten nicht zustehe, oder daß die Bescheinigung des Impetranten ungenügend sei. v. Bayer l. l. §. 36. Mittermaier l. l. p. 247. Der bloße Widerspruch nützt nichts. v. Bayer l. l. not. 2. Vergl. auch Hommel Rhaps. Obs. 663.

[23] S. oben §. 10.

dieses Letzteren selbst, indem es dazu der Anstellung besonderer Klage bedarf, welche bei dem Gerichte, von dem die Beschlagnahme verfügt wurde[24], auch dann erfolgen kann[25], wenn der Schuldner seinen persönlichen Gerichtsstand daselbst nicht hat[26]. Das Erkenntniß im Arrestprocesse betrifft nur die Frage, ob die Arrestanlegung zulässig war, oder nicht. Im letzteren Falle wird die Wiederaufhebung des Arrests verfügt und damit nach Rechtskraft des Erkenntnisses verfahren. Hat der Richter den Arrest ohne hinreichenden Grund verfügt, so wird die Beschlagnahme auf dagegen eingewendete Appellation beim Oberrichter cassirt[27].

---

[24] Also bei dem judex rei sitae. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 140 bei not. 17. Dieß gilt auch von dem Falle, wenn der Paß oder das Wanderbuch inhibirt worden ist. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XIII. p. 77 fg.

[25] Nothwendig ist die Wahl dieses Gerichtsstands nicht. Vergl. meinen ordentl. Pr. l. l.

[26] Gesetz v. 26. October 1834. Decis. VI. Natürlich wird hierbei vorausgesetzt, daß der Richter, von welchem der Arrestschlag verfügt wurde, hierzu competent war, überhaupt alle diejenigen Voraussetzungen vorhanden waren, unter denen der Arrestschlag zulässig ist. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XV. p. 69. Zwischen Königlich Sächsischen Unterthanen einerseits und Königlich Preußischen, Herzoglich Sachsen-Altenburgischen, Fürstlich Reußischen, Sachsen-Weimar-Eisenachschen und Coburg-Gothaischen Unterthanen andererseits begründet der von dem Richter des einen Staats gegen den Bürger des anderen Staats an dessen in dem Gerichtsbezirke des Arrestrichters befindlichen Vermögen angelegte Arrest den Gerichtsstand für die Hauptklage insoweit, daß die Entscheidung des Arrestrichters rücksichtlich der Hauptsache nicht blos an den in seinem Gerichtssprengel befindlichen und mit Arrest belegten, sondern an allen in demselben Lande befindlichen Vermögensobjecten des Schuldners vollstreckbar ist, s. Verordnung v. 21. December 1839, v. 26. Juni 1840, v. 21. Juli 1845, v. 27. Octbr. 1845, v. 11. Februar 1847 u. v. 27. Juli 1848. Art. 27. Dasselbe gilt nach Verordnung v. 31. Juli 1855 Art. 19 zwischen dem Königreiche Sachsen und dem Großherzogthume Baden, wo noch bestimmt ist, daß wenn sich der Schuldner auf der Flucht befindet, oder in keinem der contrahirenden Staaten seinen Wohnsitz hat, das im Gerichtsstande des Arrests gefällte Erkenntniß auch in dem anderen Staate an dem dort befindlichen Vermögen desselben vollstreckt wird. Das forum arresti besteht, wenn auch gegen die Arrestlegung appellirt worden ist, bis zur Relaxation fort. Die Letztere wirkt aber rückwärts. So hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1844 erkannt.

[27] Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 3. not. 27. Kind Quaest. For. III, 89. Kori Summ. Pr. §. 96. Die Kosten hat hier entweder der Richter oder der Impetrant zu tragen. Süptitz Summ. Pr. §. 28. Leyser Med. ad Pand. Sp. 475. med. 4. Auf der anderen Seite haftet der Richter für den durch unbegründete Zurückweisung des Arrestgesuchs entstandenen Schaden. Claproth Summ. Pr. §. 116. Danz Summ. Pr. §. 58. Ausg. II. Süptitz l. l. §. 26. Mittermaier l. l. p. 247. Wernher l. l. P. VII. Obs. 220. Die Klage wegen Entschädigung in Anlaß widerrechtlich erlangten Arrestes ist gegen denjenigen, welcher solchen Arrest erwirkte, aber im Arrestprocesse unterlag, nur durch Darlegung von Thatsachen begründet, woraus dolus oder culpa des Impetranten hervorgeht. Gett practische Erörterungen aus dem gesammten Gebiete der Rechtswissenschaft, Erlangen 1845. No. 14. p. 155 fg.

Diese Appellation hat aber keine Suspensivkraft[28]. Findet der Oberrichter die vom Beklagten geltend gemachten Einwendungen gegen die Arrestlegung, womit derselbe vom Unterrichter im Erkenntnisse zurückgewiesen worden ist, auf dagegen eingewendete Appellation begründet, so wird der angelegte Arrest wieder aufgehoben[29]. Von der späteren Relaration des aus hinreichenden Gründen verfügten Arrests wegen Wegfalls des Grundes kann hier nicht die Rede sein[30]. Doch kann auch darüber zwischen den Parteien ein summarisches Verfahren nöthig werden. Zaudert der Gläubiger nach erlangtem Arrestschlage mit Anstellung der Hauptklage, so kann ihn der Schuldner dazu provociren[31]. In Betreff der Rechtsmittel[32] und der Execution weicht der Arrestproceß vom ordentlichen nicht ab. Ist der Arrestschlag bereits erfolgt, so können andere Gläubiger demselben adhäriren, wozu es, da die bereits bewirkte Arrestlegung die Entscheidung über deren Statthaftigkeit in sich begreift, lediglich der Bescheinigung der Existenz der Forderung bedarf[33]. Bei dem allgemeinen Arreste wird von Seiten nachträglich sich meldender Gläubiger nicht

---

[28] Alte Pr.=O. LI, 5. v. Gönner Handbuch III, 61. §. 25. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 338 bei not. 12. Vergl. auch oben not. 26 am Ende.

[29] Cassation des Arrests kann hier nicht eintreten, weil die Anlegung des Arrests aus genügenden Gründen erfolgt war.

[30] Vergl. Mehlen l. l. §. 78 fg. Mein Handbuch des Sächs ordentl. Pr. §. 140 bei not. 18. Namentlich tritt dieselbe ein, sobald der Schuldner statt des mit Beschlag belegten Objects hinreichende Caution gestellt hat. Rchs=Abschied v. 1570 §. 84. Rchs.=Deput.=Abschied v. 1600 §. 48. Mevius tr. de arrestis cap. 25. No. 40 sq. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 3. not. 27. Danz Summ. Pr. §. 66. Ausg. II. v. Bayer l. l. §. 38. Nur Bürgen und Pfänder, sowie Deposition baarer Gelder braucht der Gläubiger als Sicherheitsleistung sich gefallen zu lassen. Mevius l. l. No. 67 sq. Danz l. l. §. 66. Ueberhaupt muß derselbe mit seinen Einwendungen gegen die angebotene Caution gehört werden. Widerspricht er derselben, so hat der Richter darüber nach seinem Ermessen summarisch zu cognosciren. v. Bayer l. l. §. 38. not. 4. Auf die Höhe der Anforderung kommt dabei nichts an. Vielmehr ist die Frage, ob die angebotene Caution genüge, nach dem Werthe des mit Beschlag belegten Gegenstands zu entscheiden, an dessen Stelle die Caution tritt. v. Bayer l. l. not. 6. Nur dann, wenn die mit Beschlag belegte Sache den Werth der Forderung übersteigt, ist die Höhe der zu bestellenden Caution nach der Höhe der Forderung zu bestimmen. v. Bayer l. l. not. 7. Vergl. auch Leyser med. ad Pand. Sp. 475. med. 10 u. 11.

[31] Siehe unten §. 97 fg.

[32] S. jedoch oben bei not. 28.

[33] Kritz Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben, Leipzig 1833 fg. III, 3. p. 64 fg. Schwarze u. Heyne Untersuchung pract. wicht. Materien, I, 1. p. 7 fg. u. das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge I. p. 166 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober=App.=Gerichts.

einmal diese erfordert[34]. Ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern giebt die Arrestlegung nicht und verliert daher dieselbe durch Concurseröffnung ihre rechtlichen Wirkungen[35].

§. 13.

Fortsetzung. Besondere Bestimmungen. a) Beschlagnahme körperlicher beweglicher und unbeweglicher Sachen des Schuldners. Protestation gegen die Veräußerung und Verpfändung eines Grundstücks.

Die Beschlaglegung auf körperliche Sachen des Schuldners ist in der Regel nur dann zulässig, wenn der Zweck der Sicherstellung des Gläubigers durch eine Verfügung erreicht werden kann, welche sich ohne thatsächliche Besitzentsetzung ausführen läßt. Nur ausnahmsweise und aus ganz besonderen Gründen kann die Besitzentsetzung, also Wegnahme und Verwahrung der mit Arrest belegten Sache an Gerichtsstelle oder einem anderen dazu geeigneten Orte, nach Befinden Versiegelung derselben an Ort und Stelle, oder Bestellung eines Sequesters verfügt werden[1]. Ist demnach das Object der Arrestlegung eine bewegliche Sache und befindet sich diese im Besitze des Schuldners, so kann nur um Erlassung eines Veräußerungsverbots gebeten werden. Indeß gewährt ein solches Veräußerungsverbot dem Gläubiger natürlich in den meisten Fällen keine Sicherheit[2]. Befindet sich dagegen die Sache im Besitze eines Dritten, so wird dieselbe nach den unten §. 14 angegebenen Grundsätzen inhibirt[3].

---

[34] S. unten §. 15 bei not. 6.

[35] Erl. Pr.-O. XLVIII u. LI. Dieß ist auch in den Staatsverträgen mit Preußen, Altenburg, Reuß jüngerer und älterer Linie, Weimar-Eisenach und Coburg-Gotha Art. 27 und mit Baden Art. 19 bestimmt. Verordnung v. 21. Decbr. 1839, v. 16. Juni 1840, v. 21. Juli 1845, v. 27. October 1845, v. 11. Februar 1847, v. 27. Juli 1848 und v. 31. Juli 1855.

[1] Vergl. fr. 21. §. 3. Dig. de appellat. XLIX, 1. Const. un. Cod. de prohibita sequestratione pecuniae IV, 4. Const. 5. Cod. Quorum appellationes non recipiuntur VII, 65. Tit. X. de sequestratione possessionum et fructuum II, 17. Clem. 1. eodem II, 6. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 140, 363 u. 366. v. Gönner Handbuch IV, 80. T. Muther Sequestration und Arrest im Römischen Rechte, Leipzig 1856. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 702. p. 181 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 42. p. 254 fg.

[2] Biener Syst. §. 259 not. 5.

[3] Ueber den Fall, wenn die mit Beschlag zu belegende Sache sich zufällig im Besitze des Antragstellers befindet, s. meinen ordentl. Pr. §. 140 not. 1 am Ende.

Der Arrestschlag auf **Grundstücke** erfolgt, falls nicht besondere Gründe die wirkliche Beschlagnahme, namentlich die Bestellung eines Sequesters rechtfertigen, mittelst einer wider die Veräußerung oder Verpfändung des Grundstücks bei der Grund- und Hypothekenbehörde[4] eingewendeten **Protestation**[5]. In einer solchen Protestation hat der Protestirende, wenn das betreffende Grundstück in Folge einer von ihm erhobenen dinglichen Klage res litigiosa geworden ist, sich lediglich auf die erfolgte Klaganstellung zu beziehen[6] in allen anderen Fällen[7] aber seinen Anspruch, oder doch sein juristisches Interesse[8] einigermaßen zu bescheinigen[9]. Hinsichtlich der Frage, ob es hierbei noch überdieß der Bescheinigung einer Gefährdung des Gläubigers[10] bedürfe,

---

[4] Nur bei dieser ist die Protestation anzubringen. Verordnung v. 14. Mai 1836 sub 2. Gesetz v. 6. Nov. 1843 §. 147. vergl. mit §. 24. Also in Betreff der bei den Lehnscurien relevirenden Grundstücke bei der betreffenden Lehnscurie. Gegen deren Beschlüsse kann zweimal an das Oberappellationsgericht appellirt werden. Angez. Verordnung sub 2.

[5] Gesetz v. 6. November 1843 §. 24, 25, 147, 148, 149, 150. Verordnung v. 15. Februar 1844 §. 39 u. 40. Von ihrer Zulässigkeit im Falle der Paulianischen Klage s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1855 N. F. III, 110. p. 476 fg.

[6] Hieran hat das Gesetz v. 6. November 1843 §. 147 nichts geändert. Die Eintragung der Protestation vertritt hier die Stelle des oben §. 12 bei not. 7 erwähnten Veräußerungsverbots.

[7] Dieser Bescheinigung der Existenz der Forderung bedarf es also auch dann, wenn der bereits klagbar gemachte Anspruch ein persönlicher ist, dessen Gegenstand das Grundstück selbst und unmittelbar bildet, während es in diesem Falle nach dem unten bei not. 10 Gesagten keiner Bescheinigung des Abfalls der Nahrung bedarf. So hat auch das Ober-App.-Gericht in Sachen Voigt c. Voigt 1841, in Sachen Weber c. Wolff 1845, in Sachen Scheibe c. Pinckert und in Sachen des Gr. von Schönburg c. Scheffler 1846 erkannt.

[8] So kann der Abmiether gegen die Eintragung des Kaufs im Grund- und Hypothekenbuche protestiren, um den Vermiether zu nöthigen, ihm hinlängliche Sicherheit zu verschaffen für die ungeschmälerte Fortsetzung des Miethcontracts. So hat das Ober-App.-Gericht öfters erkannt. Vergl. Käuffer Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren. p. 155 fg. Herrmann der Miethvertrag hauptsächlich in Bezug auf Wohnungen, Dresden u. Leipzig 1840. §. 83. Ackermann Rechtsfälle N. F. II, 339. p. 276 fg.

[9] Gesetz v. 6. Novbr. 1843 §. 147 u. 148. Siehe schon Verordnung der Landesregierung v. 15. März 1821 sub A. a. u. für die Oberlausitz Verordnung v. 24. September 1823. Ueber die Requisite dieser Bescheinigung s. oben §. 12 not. 15.

[10] Der Bescheinigung des Abfalls der Nahrung bedarf es nicht nothwendig. Vielmehr reichen auch andere Momente hin, aus denen eine Gefährdung des Gläubigers zu entnehmen ist. Vergl. Ackermann Rechtssätze N. F. I, 116. p. 282 fg. So genügt Ausländern gegenüber schon die Bezugnahme darauf, daß sie Ausländer sind, insoweit nicht davon durch die oben §. 12 not. 26 bemerkten Staatsverträge eine Ausnahme gemacht ist, wie denn überhaupt nicht angenommen werden kann, daß durch §. 148 des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843 an den Voraussetzungen zum Arrestschlage etwas habe geändert werden sollen.

ist nach §. 147 und 148 des Gesetzes vom 6. November 1843 zwischen dem Falle zu unterscheiden, wo die Protestation zu Sicherung eines in Bezug auf ein Grundstück oder auf eine im Grund- und Hypothekenbuche eingetragene Forderung erworbenen, zur Eintragung geeigneten Rechts angebracht wird, und dem Falle, wo die Protestation blos zu Sicherung eines künftigen Hülfsgegenstands wegen einer mit Rechtstitel zur Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht versehenen Forderung, oder von Erbschaftsgläubigern zu Sicherung eines Absonderungsrechts angebracht wird. Im ersteren Falle, wohin auch die §. 51 des gedachten Gesetzes erwähnten Vormerkungsgesuche gehören, bedarf es der Bescheinigung einer nach den Vermögensumständen oder sonstigen Verhältnissen des Schuldners vorhandenen Gefahr des Verlusts nicht, wohl aber im Letzteren[11]. Derartige Protestationen haben nach diesem Gesetze gegen dritte Personen nur dann Wirkung, wenn sie selbst im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen sind[12]. Diese Wirkung besteht darin, daß von ihrer Eintragung an nichts weiter im Grund- und Hypothekenbuche zum Nachtheile desjenigen Rechts aufgenommen werden kann, dessen Sicherung durch die Protestation bezweckt wurde, und dauert bis zur Löschung der Protestation fort[13]. Ebenso muß eine mit der Protestation oder dem Vormerkungsgesuche verbundene Eventualappellation im Grund- und Hypothekenbuche kund gemacht werden, falls nur die Appellation überhaupt zulässig ist[14] und der Richter auf die Protestation oder das Vormerkungs-

---

Vergl. Heyne Commentar über das Sächs. Hypothekengesetz II. p. 63 fg. Ackermann l. l. IV, 597. p. 242 fg. S. überhaupt mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 140.

[11] Gesetz v. 6. Nov. 1843 §. 147 u. 148 vergl. mit §. 24 u. 51. Sobald also der persönliche Anspruch, dessen Sicherstellung bezweckt wird, auf dasjenige Grundstück Bezug hat, gegen dessen Veräußerung und Verpfändung protestirt wird, und es sich nicht blos um Sicherung eines künftigen Hülfsgegenstands handelt, bedarf es der Bescheinigung einer nach den Vermögensumständen und sonstigen Verhältnissen des Schuldners vorhandenen Gefahr des Verlusts derselben nicht. Die Worte „zur Eintragung geeigneten" stehen dem nicht entgegen. Daher bedarf es z. B. in dem oben not. 8 erwähnten Falle keiner Bescheinigung einer besonderen Gefährdung.

[12] Angez. Gesetz §. 24. vergl. mit Verordnung v. 15. Februar 1844 §. 77.

[13] Angez. Gesetz §. 25. vergl. mit meinem Handbuche des Sächs. ordentl. Pr. §. 318 fg.

[14] Angez. Gesetz §. 149. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 314. Angez. Verordnung §. 40.

gesuch abfällig resolvirt hat[15]. Das Verfahren im Falle der Protestation gegen Veräußerung oder Verpfändung eines Grundstücks und einer nach Befinden damit verbundenen Eventualappellation ist durch die neue Gesetzgebung im Uebrigen nicht abgeändert worden[16].

Der Richter hat demnach über die Statthaftigkeit der eingegangenen Protestation sofort Resolution zu fassen. Fällt diese dahin aus, daß dem Antrage Statt zu geben oder der Widerspruch zu berücksichtigen sei, so soll er die Protestation im Grund- und Hypothekenbuche eintragen und davon bei 10 Thlr. Strafe dem Schuldner und denjenigen Personen, welche sonst ein bei der Gerichtsbehörde bekanntes Interesse dabei haben können, binnen 14 Tagen von der Zeit an, wo die Protestation eingewendet worden, unter abschriftlicher Zufertigung der Protestation und des Eintrags derselben Nachricht ertheilen. Mangelt dagegen die erwähnte Bescheinigung, so ist der Impetrant mit seinem Suchen ausdrücklich abzuweisen und diese Abweisung demselben mit thunlichster Beschleunigung bekannt zu machen[17]. Ist mit der Protestation gegen die Veräußerung oder Verpfändung eines Grundstücks, wie gewöhnlich, auch eine eventuelle Appellation verbunden, so wird auf gleiche Weise verfahren. Indeß hat der Richter, wenn er den Widerspruch für unstatthaft achtet, nach vorgängiger Kundmachung der Appellation im Grund- und Hypothekenbuche in der Bekanntmachung, worin er dem Antragsteller die erfolgte Abweisung seiner Protestation notificirt, demselben zugleich zu eröffnen, daß auf die eingewendete Appellation, dafern sie nicht binnen Acht Tagen zurückgenommen werden sollte, sofort nach Ablauf dieser Frist zur vorgesetzten Behörde werde Bericht erstattet werden[18], es müßte denn die Appellation im concreten Falle unzuläßig sein[19]. Vor Erledigung der zuläßig eingewendeten Appellation darf zum Nachtheile des Appellanten nichts vorge-

---

[15] Angez. Verordnung §. 39.

[16] Angez. Gesetz §. 149 am Ende.

[17] Verordnung der Landesregierung v. 15. März 1821 sub A.

[18] Verordnung v. 14. Mai 1836 sub 2. Vergl. Braun in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. II, 18. p. 312 fg. Ueber die in der Verordnung des Obergerichts, worin die Appellation verworfen wird, nach Befinden aufgenommene Clausel: „der Richter solle den Gläubiger wegen seiner Forderung eintretenden Falls in Obacht nehmen," s. v. Langenn u. Kori Erörter. pract. Rechtsfr. I, 15. p. 193 fg. v. Hartitzsch Entsch. prakt. Rechtsfr. Nr. 216.

[19] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 314.

nommen werden[20]. Das Obergericht cognoscirt entweder ohne Weiteres, indem es mittelst Verordnung die Appellation verwirft, oder die Löschung des eingetragenen Protests verfügt, oder dasselbe ordnet die Anberaumung eines außerordentlichen Inrotulationstermins und die Abfassung beziehendlich Einholung rechtlichen Erkenntnisses an. Das im letztern Falle abzusetzende[21] Verfahren wird nach den §. 10 dargestellten Grundsätzen abgesetzt.

§. 14.

Fortsetzung. b) Inhibition von Forderungen des Schuldners.

Aussenstehende Forderungen des Schuldners[1] werden zu Sicherung des Executionsobjects auf Antrag des Gläubigers im Wege der Inhibition mit Beschlag belegt. Auf den unter Bescheinigung der Existenz der dem Antragsteller zustehenden Forderung und eines gesetzlichen Grundes zur Beschlagnahme erfolgten Antrag wird an den Schuldner des Schuldners das Zahlungsverbot, praeceptum de non solvendo, erlassen und demselben darin aufgegeben, die Zahlung zur Verfallzeit bei Vermeidung nochmaliger Zahlung nicht an den Schuldner, seinen Gläubiger, sondern an das Gericht zu leisten[2]. Dieser Letztere

---

20 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 318 fg.

21 Da die Eintragung des Protests im Grund- und Hypothekenbuche an sich schon Rechte giebt, so wird die Löschung desselben mittelst bloßer Verordnung nicht leicht verfügt, sondern mit Recht in der Regel die Anberaumung eines Inrotulationstermins angeordnet.

1 Brandvergütungsgelder unterliegen der Verkümmerung in der Regel nicht. Gesetz v. 14. Nov. 1835 §. 87. vergl. mit §. 74, wo eine Ausnahme erwähnt wird. — Die Einstandssumme der Militairpflichtigen kann während der Dienstzeit des Stellvertretenden gar nicht inhibirt werden. Gesetz v. 26. Octbr. 1834 §. 60. — Ebenso wenig ist die Inhibition der Spargelder gestattet, während die Hülfsvollstreckung in die Sparkassenbücher zulässig ist. S. die zahlreichen Decrete wegen Bestätigung der Statuten von Sparkassen. — Leihhauspfänder können nur gegen Erlegung des darauf geliehenen Betrags inhibirt werden. S. die Decrete wegen Bestätigung der Statuten von Leihkassen. — Ueber die Inhibition der Sittenzeugnisse der Studirenden s. Auszug aus der Verordnung v. 29. August 1832. — Ueberhaupt unterliegt die Verkümmerung zu Sicherung eines Executionsobjects denselben Beschränkungen, welche im Executionsverfahren selbst gelten. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 367. 368 u. 369. u. oben §. 12 not. 16.

2 Decisio Elect. 27 v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Gottschalk de praeceptis de non solvendo praetermissa, Dresd. 1831. Kind Quaest. For. III, 89. v. Langenn u. Kori Erörterungen pract.

wird von dem erfolgten Zahlungsverbote, falls er zugegen, oder ihm sonst die Insinuation füglich geschehen kann, ebenfalls in Kenntniß gesetzt[3] und beiden aufgegeben, ihre etwaigen Einwendungen gegen die Inhibition, falls sie solche geltend machen wollten, innerhalb einer Frist von längstens drei Wochen vorzubringen[4]. Unterläßt dies der Schuldner, so wird er seiner Einwendungen gegen die Sicherstellung des Gläubigers, nicht aber derjenigen im Hauptprocesse verlustig. Von dem Falle, wenn der Schuldner des Schuldners an Geltendmachung seiner Einwendungen innerhalb der gesetzten dreiwöchentlichen Frist sich versäumt, gilt dies nicht. Vielmehr hat der Schuldner des Schuldners, wenn er seine Einwendungen geltend zu machen unterläßt, nur denjenigen vergeblichen Kostenaufwand zu ersetzen, den etwa jene Unterlassung zur Folge hatte[5]. Ueber die geltend gemachten Einwendungen[6] wird summarisch verfahren und entschieden. Lautet die Entscheidung interlocutorisch auf Beweis- und Gegenbeweisführung, so findet die Form des ordentlichen Processes Anwendung[7]. Leistet der Schuldner des Schuldners die Zahlung

---

Rechtsfr. II, 19. p. 187. Die Rechte eines Cessionars erlangt der Impetrant durch diese Verfügung nicht, da es sich nur um seine Sicherstellung, nicht um seine Befriedigung handelt, mithin §. 59 des Gesetzes v. 28. Februar 1838 hierauf keine Anwendung leidet. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 530. p. 68 fg. Auf Requisition der Justizbehörden haben die Verwaltungsbehörden die bei ihnen in Gewahrsam liegenden Sachen des Schuldners, oder die demselben zukommenden Gelder inne zu behalten. Vergl. noch Verordnung v. 11. Mai 1835 §. 2 fg. Ist die Forderung des Schuldners größer als seine Schuld, so wird von der Forderung soviel inhibirt, als zu Befriedigung des Gläubigers wegen Capitals, Zinsen, Kosten und sonstiger Nebenforderungen muthmaßlich erfordert wird.

[3] Erläuterungsrescript v. 19. Februar 1721 C. A. I. p. 1203. Derselbe wird zugleich bedeutet, daß er sich aller Verfügungen über die inhibirte Forderung zu enthalten habe. Die Herausgabe der über die Forderung etwa vorhandenen Urkunden wird hier dem Schuldner nicht auferlegt. Im Executionsverfahren ist dieß vorgeschrieben. Executionsgesetz v. 28. Februar 1838 §. 58. Wesentlich ist diese Benachrichtigung, wie sich aus dem angez. Erläuterungsrescripte ergiebt, nicht. Vergl. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XV. p. 70.

[4] Angez. Decis. Elect. 27. v. 22. Juni 1661. Erläuterungsrescript v. 19. Februar 1721.

[5] Vergl. hierzu Alte Pr.-O. LI, 5. Früher hat das vormal. App.-Gericht anders erkannt. Kori Summ. Pr. §. 101. Indeß möchte jetzt die Analogie des Executionsgesetzes v. 28. Februar 1838 §. 61 die Entscheidung dieser Frage im entgegengesetzten Sinne gewiß rechtfertigen.

[6] Vergl. oben §. 12 not. 20.

[7] Dasselbe gilt im Executionsverfahren. Executionsgesetz v. 28. Februar 1838 §. 62 und mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 367 bei not. 15.

dem Verbote zuwider an den Schuldner, so bedarf es nach beendigtem Hauptprocesse, wenn der Schuldner rechtskräftig verurtheilt worden ist, keiner vorhergegangenen Hülfsvollstreckung gegen diesen Letzteren. Vielmehr wird der Schuldner des Schuldners ohne Weiteres im Wege der Hülfsvollstreckung zur nochmaligen Leistung angehalten[8]. Von der Zinsenzahlung wird der Schuldner des Schuldners bei Geldbeträgen nach vorhergegangener Inhibition nur dadurch befreit, daß er das Geld nach Eintritt der Verfallzeit bei dem Gericht deponirt, oder gerichtlich versiegelt bei sich aufbewahrt[9]. Ueber die an das Gericht erfolgte Leistnng wird dem Schuldner des Schuldners gerichtliche Quittung ausgehändigt. Die geleistete Sache bleibt bis zum Austrag des Processes über die Hauptsache im gerichtlichen Depositum. Nach vorgängiger rechtskräftiger Verurtheilung des Schuldners in diesem Processe wird das vom Schuldner des Schuldners deponirte Hülfsobject dem Kläger ausgeantwortet, oder doch mit Hülfsvollstreckung in dasselbe verfahren, es müßte denn der Beklagte sich schon früher mit der Ausantwortung einverstanden erklärt haben[10].

§. 15.

Fortsetzung. c) Allgemeines Veräußerungsverbot.

Der an die Stelle des alten Sächsischen Arrests[1] getretene allgemeine Arrest, womit das ganze Vermögen des Schuldners im Fall des drohenden Concurses belegt werden kann[2], ist bei demjenigen Gericht auszubringen, welchem der Schuldner

---

[8] Decis. Elect. 27. laud. Dieß gilt auch dann, wenn das Verbot nur an ihn und nicht zugleich an seinen Gläubiger, den Hauptschuldner, erlassen worden war. Angez. Erläuterungsrescript v. 19. Februar 1721. Vergl. auch Mevius tract. de arrestis Cap. IX. No. 177. v. Bayer Summ. Pr. §.30.

[9] Angez. Decis. Elect. 27. Hat er keines dieser Mittel ergriffen, so muß er Zinsen zahlen, er wollte denn, wie Recht, beweisen, oder eidlich erhärten, daß er die Gelder nicht benutzt habe. Angez. Decis. Elect. 27. Hommel Rhaps. Obs. 663.

[10] Vergl. noch Schwarze u. Heyne Untersuchung pract. wicht. Materien, VII. p. 100 fg. Ueber das gemeine Recht s. besonders v. Gönner Handbuch IV, 79. §. 11 u. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV, §. VII. p. 247.

[1] Alte Pr.-O. XLVIII u. LI.

[2] Erl. Pr.-O. XLVIII u. LI. Griebner Discurs zu Tit. LI der Erl. P.-O. p. 501. Kori Summarische Processe §. 96 flg. Biener Syst. §. 259.

für seine Person unterworfen ist[3]. Der Antragsteller hat nicht allein die Existenz seiner Forderung, sondern auch den Abfall der Nahrung des Schuldners und seine Behauptung, daß concursus imminens vorhanden sei, in allen Fällen zu bescheinigen[4]. Durch das, im Fall der Gläubiger diesen Erfordernissen genügt hat, vom Richter erlassene allgemeine Veräußerungsverbot verliert der Schuldner das Dispositionsrecht über sein gesammtes Vermögen und jede nichtsdestoweniger von ihm vorgenommene Disposition darüber wird nichtig[5]. Der erlangte Arrest gereicht auch anderen Gläubigern zum Nutzen, sobald dieselben um Arrestanlegung ebenfalls gebeten, oder auch nur vor der Wiederaufhebung des Arrests als Gläubiger sich gemeldet haben[6]. Die Hülfe wird nach Anlegung des allgemeinen Arrests in die Güter des Schuldners nicht mehr vollstreckt[7].

§. 16.

Vom Verfahren in Pfändungssachen.

Das Verfahren in Pfändungssachen[1] betrifft lediglich die Frage, ob eine stattgefundene Pfändung in legaler Weise geschehen sei und die Vergütung des durch diejenige Besitzstörung,

---

[3] Erl. Pr.-O. LI. Dieses Gericht hat sodann nach Befinden die Richter der gelegenen Sachen zur Arrestlegung zu requiriren. Kori Summ. Pr. §. 96.

[4] Erl. Pr.-O. LI. Ackermann Rechtssätze N. F. I, 138. p. 265 fg.

[5] Erl. Pr.-O. LI. Siehe auch die den wirklichen Ausbruch des Concurses betreffenden Bestimmungen des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843 §. 150.

[6] Erl. Pr.-O. l. l. Biener Syst. §. 259. Kori l. l. §. 101.

[7] Erl. Pr.-O. l. l. Biener l. l. Kori l. l.

[1] Sachsenspiegel II, 28. §. 1—3, II, 40 u. 47 u. die Glosse zu II, 27. Görlitzer Landrecht 47. Const. Elect. 7. 8 u. 27. P. II. v. 1572 C. A. I. p. 73 fg. Carpzov Practica rerum criminalium II, 83 §. 3. Leyser Medit. ad Pand. Sp. CXI. Hommel Rhaps. Obs. 584. Kind Quaest. For. III, 37 Ed. II. H. G. Bauer (junior) Diss. de pignoratione privata, Lipsiae 1810. Gottschalk Discept. For. I, 33. Curtius Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts III. §. 1163. Haubold Sächs. Privatrecht §. 167. Käuffer in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. VII, 7. p. 115 fg. Berlich Conclusiones Practicabiles P. II Concl. 34. Glück Commentar X, §. 697. Eichhorn Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte I, §. 61. Runde Deutsches Privatrecht §. 222. Gerber Deutsches Privatrecht §. 69—71 u. 143, u. namentlich Wilda in der Zeitschrift für Deutsches Recht u. Deutsche Rechtswissenschaft I. p. 167 fg. Die Lehre von diesem Verfahren gehört dem Civilprocesse an. Rügenmäßige Behandlung derselben hat keinen gesetzlichen Boden. Siehe die Glosse zum Sachsenspiegel II, 27. Bauer Diss. laud. p. 25. Käuffer l. l. §. 2. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 682. p. 117 fg.

in Folge deren die Pfändung geschah, oder durch die illegale Pfändung selbst von dem einen oder dem anderen Theile zugefügten Schadens, nach Befinden auch die Ertheilung einer interimistischen Anordnung über das künftige Verhalten der Parteien [2]. Der Pfänder hat zu diesem Zwecke das Pfand und zwar bei Verlust seines Retentionsrechts und bei Strafe [3] sofort, also noch am Tage der Pfändung [4], bei demjenigen Gerichte, welches über das Grundstück, wo die Pfändung erfolgte, die Gerichtsbarkeit ausübt [5], oder doch bei dem Ortsrichter des Orts, in dessen Flur dieses Grundstück liegt [6], abzuliefern [7], und dabei zugleich den Ort, Hergang und Zweck der Pfändung, beziehendlich die Höhe des vom Gepfändeten zu vergütenden Schadens anzugeben, auch, soweit möglich, die Person des Gepfändeten zu bezeichnen und um dessen Verurtheilung zu Erlegung des Pfandschillings [8],

---

[2] Eigenthums- und Besitzfragen können hier nicht zur Entscheidung gelangen. S. unten bei not. 30 fg. Das Pfändungsverfahren ist ein judicium duplex, wie die Besitzrechtsmittel, denen es auch in anderer Beziehung nicht unähnlich ist.

[3] Nach Const. Elect. 8 laud. soll der Pfänder, welcher das Pfand nicht abliefert, wenn er nicht Unterthan des Gerichts ist, um 30 Schilling-Pfennige, d. i. zwei alte Schock, wenn er aber Unterthan ist, und die Ablieferung in der Absicht unterließ, um der Obrigkeit die Cognition zu entziehen, um Geld oder mit Gefängniß bestraft, ja nach Befinden mittelst Erkenntnisses genöthigt werden können, zu verkaufen und aus dem Gerichtsbezirke wegzuziehen, Bestimmungen, welche freilich nur theilweise noch practischen Werth haben. Bauer Diss. laud. p. 29 sq. Durch eine Pfändung, in Folge deren das Pfandstück nicht an das competente Gericht eingeliefert worden ist, wird die Verjährung nicht unterbrochen; dieselbe bewirkt auch keine Besitzentsetzung. Const. Elect. 7 laud. Indeß ist die Besitzhandlung des Gegners, bei welcher die Pfändung erfolgte, keine ruhige gewesen und kann daher der Besitz des Pfänders durch die illegale Pfändung erhalten werden. Käuffer l. l. §. 1.

[4] Bauer Diss. laud. p. 26. Käuffer l. l. §. 3.

[5] Nach der früheren Gerichtsverfassung das Gericht, welches die Erbgerichtsbarkeit hatte. Const. Elect. 7 laud. Ausschreiben v. 12. Novbr. 1550 Tit. „Was zu Ober- und Nieder- oder Erbgerichten gehört" C. A. I. p. 49. Nur wenn das Gericht der gelegenen Sache die Annahme verweigert, soll sich der Pfänder an das nächste Amt wenden, was nur noch bei Schönburgischen Gerichten zur Anwendung kommen kann.

[6] Winckler zu Berger Oeconomia Juris II, 2. th. 26. Hommel Rhaps. Obs. 584 No. 16. Käuffer l. l. §. 3. In Abwesenheit des Ortsrichters genügt natürlich auch die Ablieferung an eine andere Gerichtsperson.

[7] Const. Elect. 7, 8 et 27 laud. Curtius l. l. §. 1163. Kind l. l. Käuffer l. l. §. 3. Das Gericht wird durch die Ablieferung competent für das Verfahren in der Pfändungssache und diese Letztere rechtshängig Hommel l. l. §. 15. Curtius l. l. Käuffer l. l. §. 7, nicht aber für die künftige Hauptsache. Siehe unten bei not. 37.

[8] Const. Elect. 27 laud. Sachsenspiegel II, 47. Derselbe beträgt gerichtsbräuchlich Sechszehn Pfennige Conv. M. von allen Pfandstücken zusammen.

sowie zu Erstattung der erwachsenen Aufbewahrungs-[9] beziehendlich Fütterungskosten und der etwa zugefügten Schäden und der Proceßkosten zu bitten. Nach Befinden wird damit zu Ermittelung des Schädenbetrags die Bitte um sofortige Vornahme einer Localbesichtigung verbunden[10]. Nachdem das Gericht die abgepfändete Sache[11] in Verwahrung genommen hat[12], verfährt dasselbe, falls die Person des Gepfändeten unbekannt ist, ohne Weiteres mit der Würderung des Pfandstücks und der etwa gebetenen Localbesichtigung unter Zuziehung des Impetranten, und wenn das Pfand verstanden ist[13], auch der Gepfändete sich bis dahin nicht gemeldet hat, mit Versteigerung, beziehendlich Verkauf des Pfands zur Taxe. Von dem erlangten Kaufpreise wird der Impetrant sowohl, als das Gericht befriedigt, der etwa verbleibende Ueberschuß aber zum Depositum genommen.

Ist dagegen die Person des Gepfändeten bekannt[14], so beraumt das Gericht unter Rückgabe des etwa zu viel Gepfändeten[15] einen möglichst kurzen[16] Termin an. In der Ladung

---

Sind mehrere Personen gemeinschaftlich gepfändet worden, so muß der Pfandschilling von einer jeden derselben erlegt werden. Bauer Diss. laud. p. 38. Käuffer l. l. §. 16.

[9] Ueber ihren Betrag s. Const. Elect. 27 laud. Verordnung v. 26. November 1840 Cap. I. Tit. III. No. 66 u. 67.

[10] Käuffer l. l. §. 4.

[11] Beziehendlich nach deren Einlieferung durch den Ortsrichter. S. oben bei not. 6.

[12] Die dadurch dem Gerichte erwachsenden Verläge hat der Pfänder vorzuschießen. Bauer Diss. laud. p. 32. Weiske Grundsätze des deutschen Privatrechts nach dem Sachsenspiegel, Leipzig 1825, p. 95. Käuffer l. l. §. 5 am Ende.

[13] D. h. wenn der Taxwerth desselben durch die erwachsenen Schäden, den Pfandschilling, die Aufbewahrungs- u. Fütterungskosten 2c. erreicht ist. Const. Elect. 27 laud. Carpzov Jurispr. For. II, 27 def. 4 sqq. Hommel l. l. Obs. 584 §. 19. Bauer Diss. laud. p. 43 sq. Curtius l. l. §. 1163. Käuffer l. l. §. 11.

[14] Der Bestellung einer cautio de judicio sisti, deren Auferlegung Käuffer l. l. §. 7 für zulässig hält, bedarf es aus dem Grunde nicht, weil dann, wenn der Gepfändete sich nicht stellt, die Befriedigung ohne Weiteres aus dem verstandenen Pfande erfolgt. S. unten bei not. 20.

[15] Wilda l. l. p. 291. Käuffer l. l. §. 5. Dabei ist auf alles dasjenige Rücksicht zu nehmen, was der Gepfändete etwa zu leisten hat.

[16] In der Regel wird der Gegenstand des Pfändungsverfahrens ohnehin ein bagatellmäßiger sein und daher schon gesetzlich eine viertägige Frist genügen, ja unter Umständen es nicht einmal dieser bedürfen. Gesetz v. 16. Mai 1839 §. 14. Beläuft sich der Werth des Pfandstücks über 20 Thaler, oder sogar über 50 Thaler, so würde allerdings strenggenommen nach Mandat v. 28. Novbr. 1753 eine 14tägige, beziehendlich nach Erl. Pr.-O. IV, 1 eine Sächsische Frist nöthig sein. Allein der Gerichtsbrauch hat sich daran in Berücksichtigung der Natur und des Zwecks dieser summarischen Proceßart und im wohlverstande-

hierzu[17] wird dem Gepfändeten unter Mittheilung des Anbringens aufgegeben, das Pfand sofort, oder doch in kürzester Frist gegen Vergütung des dem Pfänder verursachten Schadens, auch Berichtigung des Pfandschillings, sowie des etwaigen Stand- und Futtergelds und der Kosten einzulösen, in Unterbleibung dessen aber in dem anberaumten Termine zu erscheinen[18], über die Identität des Pfands und über das Anbringen des Impetranten sich zu Protocoll zu erklären und seine etwaigen Einwendungen gegen die Pfändung vorzubringen, widrigenfalls das Pfand für recognoscirt und er des Inhalts des Anbringens für geständig, auch seiner Einwendungen dagegen für verlustig geachtet, und mit dem Verkaufe der Pfandstücke ohne Weiteres verfahren, er aber noch überdieß nach Maßgabe der Const. Elect. 27 P. II. v. 1572[19] gestraft werden würde[20]. Der Impetrant erhält Notification vom Termine mit der Veranlassung, ebenfalls zu erscheinen, sein Anbringen, soweit nöthig, zu vervollständigen, und die zu Darlegung seiner Berechtigung zur Pfändung erforlichen Urkunden sofort mitzubringen, sonstige Bescheinigungsmittel aber sofort anzugeben. Dem wird die Verwarnung beigefügt, daß im Falle seines Ausbleibens das Pfand an den Impetraten zurückgegeben werden würde[21]. Zweckmäßig wird in der Ladung bemerkt, daß sich die Parteien demnächst im Termine weiterer Weisung zu gewärtigen haben[22]. Die Würderung des Pfandstücks und die etwa erbetene Localbesichtigung erfolgt, namentlich bei Gefahr im Verzuge, sofort und unerwartet des Ter-

---

nen Interesse beider Parteien niemals gebunden und namentlich dann, wenn das Pfandstück ein lebendes ist, oder doch die Aufbewahrung desselben erhebliche, mit dem Werthe des Pfands in keinem Verhältnisse stehende Kosten verursacht, von Fristbestimmungen überhaupt ganz abgesehen. Vergl. Käuffer l. l. §. 9.

[17] Diese wird dem Gepfändeten nach Befinden mittelst Requisition behändigt werden müssen.

[18] Also ein Monitorium cum eventuali termino.

[19] Die an den Gerichtsherrn zu erlegende Strafe beträgt drei Schillinge für jede Nacht, bis das Pfand verstanden ist. Sie kann natürlich dann vom Gepfändeten nicht erhoben werden, wenn sich später herausstellt, daß die Pfändung eine unzuläßige oder illegale war.

[20] Käuffer l. l. §. 9.

[21] Diese Verwarnung ist, da es sich um ein judicium duplex handelt — s. oben not. 2 — zuläßig und zweckmäßig.

[22] Denn es kann in diesem Termine sofort erkannt, oder auch ein Inrotulationstermin anberaumt werden. Vergl. die von Ackermann Rechtssätze N. F. V, 682 p. 117 fg. mitgetheilte Entscheidung.

mins unter Zuziehung der Parteien[23]. Das Ausbleiben des Impetranten, oder des Impetraten hat die angedrohten Nachtheile zur Folge. Sind beide Theile gehörig erschienen, so bringt der Impetrat seine Einwendungen vor. Bestreitet er die Competenz des Gerichts oder die Legalität der Pfändung, oder die Existenz und Höhe des geltend gemachten Schädenanspruchs, so muß er damit gehört, und falls sich die Einwendungen nicht sofort im Termine erledigen oder als begründet herausstellen, wo dann sofort zu Protocoll beschieden wird, ein Inrotulationstermin anberaumt werden[24]. Läßt sich die Sache im Termine nicht erledigen, so hat das Gericht das Pfand, namentlich, wenn es ein lebendes ist, gegen ein lebloses umzutauschen, beziehendlich gegen Caution oder bei hinreichender Sicherheit des Gepfändeten auch ohne solche an diesen Letzteren unbeschadet der Rechte des Pfänders zurückzugeben[25]. Weigert sich der Gepfändete, den Umtausch zu bewirken, oder die geforderte Caution zu bestellen, so wird das Pfand, sobald es verstanden ist, versteigert oder zur Taxe verkauft[26]. Die Bescheinigung und Gegenbescheinigung ist sofort im Termine, oder doch vor Inrotulation der Acten unaufgefordert beizubringen[27]. Rücksichtlich der Beweislast ist zu bemerken, daß der Pfänder, wenn der Gepfändete das producirte Pfandstück recognoscirt hat, nach der richtigeren Ansicht nur die Existenz und Höhe des behaupteten Schadens zu bescheinigen braucht, während dafür, daß der Gepfändete den Schaden wirklich zugefügt habe und daß die Pfändung legal erfolgt sei, eine rechtliche Vermuthung streitet, es mithin dem Gepfändeten obliegt, diese Vermuthung durch Bescheinigung des Gegentheils zu zerstören[28].

---

23 Bauer Diss. laud. p. 42. Käuffer l. l. §. 10. Ausbleiben des Impetraten hat keinen Einfluß. Die Würderung des Pfandstücks muß schon deßhalb erfolgen, weil dasselbe nur so lange aufbewahrt wird, bis es verstanden ist. Siehe oben not. 13.

24 Auch communicatorisches Verfahren ist nicht ausgeschlossen. Dringt der Impetrat ausdrücklich auf weiteres rechtliches Gehör, so darf ihm dieß nicht versagt werden.

25 Vor dem Termine kann dieß nur geschehen, wenn der Gepfändete das Pfand bereits vorher recognoscirt hat. Rückgabe des Pfands von Seiten des Pfänders selbst ist als Verzicht auf die Sicherstellung zu betrachten.

26 Siehe oben not. 13 und die dort erwähnten Schriften.

27 Auf Beweis wird also hier nicht interloquirt. Käuffer l. l. §. 13.

28 W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer, Gießen 1833, p. 491. Eichhorn Deutsches Privatrecht §. 123. Mittermaier Deutsches Privatrecht I, p. 371. Beseler Deutsches Privatrecht I, p. 288. Gerber Deutsches Privatrecht §. 71 bei

Die Bescheinigungsmittel sind die gewöhnlichen. Indeß schließt der Gerichtsbrauch den Eidesantrag aus[29]. Stellt dagegen der Impetrat die Berechtigung des Impetranten zur Pfändung überhaupt in Abrede, leugnet er namentlich, daß derselbe das Grundstück, worauf gepfändet worden ist, wirklich besitze, oder daß ihm ein Verbietungsrecht zustehe, so muß der Impetrant, falls nicht seine Berechtigung notorisch oder durch Urkunden sofort liquid gestellt ist[30], unter Aussetzung der Entscheidung im Pfändungsverfahren, beziehendlich unter Anordnung der Rückgabe des Pfandstücks, zur Anstellung förmlicher Klage verwiesen werden[31]. Dasselbe gilt vom Impetraten, wenn derselbe selbst auf Besitz oder Rechtstitel Bezug nimmt, vermöge dessen er die Handlung, bei der er gepfändet worden, vorgenommen habe[32]. In diesem letzteren Falle wird aber zweckmäßig eine provisorische, nur bis zu Austrag der künftigen Hauptsache in Kraft bleibende Entscheidung ertheilt[33]. Das Erkenntniß betrifft demnach nur die Legalität der Pfändung und die Verpflichtung der einen oder der anderen Partei[34] zum Schadenersatze, beziehendlich die Verpflichtung des Gepfändeten zu Erlegung des Pfandschillings[35]. Ueber das Recht selbst, über den älteren, besseren oder jüngsten Besitz,

---

not. 2. A. M. Wilda l. l. p. 311 fg. Käuffer l. l. §. 12. Die Rchs.-Cammergerichts-Ordnung v. 1555 II, 22 steht damit völlig im Einklange; denn eine Vermuthung für die Berechtigung des Pfänders zur Pfändung ist allerdings nicht anzunehmen. Siehe unten bei not. 30 fg. Aus dem nämlichen Grunde lassen sich auch die von Käuffer l. l. not. 4 angezogenen Entscheidungen gegen die im Texte vertheidigte Meinung nicht benutzen.

29 Offenbar hat hierzu die Analogie vom Possessorium Summarium Veranlassung gegeben. Indeß spricht auch Sachsenspiegel II, 47 nur von Zeugen.

30 Vergl. darüber Käuffer l. l. §. 14.

31 Eine peremtorische Frist wird im Erkenntnisse dazu nicht gesetzt. Indeß kann der Impetrat ex lege „Diffamari“ provociren, Käuffer l. l. §. 14. Im Hauptprocesse, mag derselbe ein Possesessorium, Petitorium oder ein Spolienproceß sein, wird dann über die Pfändung mit erkannt. Das Retentionsrecht des Pfänders erlischt mit der Verweisung zu Anstellung förmlicher Klage.

32 Vergl. Käuffer l. l. §. 14.

33 Denn in diesem Falle hat der Impetrant Alles gethan, was ihm zu thun oblag, und kann ihm nicht zugemuthet werden, sich auf Grund eines hier unbeachtlichen und illiquiden Einwands des Impetraten auf den Ausgang der dereinstigen Hauptsache vertrösten zu lassen. In der Entscheidung im Hauptprocesse werden übrigens nach Befinden alle dem Impetraten nachtheiligen Folgen der früheren provisorischen Entscheidung nachträglich wieder aufgehoben. Käuffer l. l. §. 15.

34 Siehe oben not. 2.

35 Siehe oben not. 8.

sowie darüber, ob ein spolium vorliege, kann hier nicht entschieden werden[36]. Die deßhalb zu erhebende förmliche Klage gehört vor das nach allgemeinen Grundsätzen zuständige Gericht[37]. Rücksichtlich der Rechtsmittel[38] und der Hülfsvollstreckung gelten die allgemeinen Grundsätze. Ist die Pfändung als legal anerkannt, so erfolgt die Execution in die Substanz der abgepfändeten Sache. Reicht diese zu Befriedigung des Gerichts und des Impetranten nicht aus, so kann das Gericht nichts weiter fordern, der Impetrant aber seinen Anspruch gegen den Impetraten mittelst besonderer Klage ausführen[39]. Der etwa verbliebene Ueberschuß wird dem Gepfändeten zurückgegeben. Siegt der Impetrat ob, so sind ihm die Pfandstücke zurückzugeben, auch die durch die Pfändung und Besitzentziehung verursachten Schäden und die Proceßkosten zu erstatten[40]. Die Intervention und Nennung des Urhebers ist nicht ausgeschlossen[41]. Streitankündigung kann nach dem Gegenstand, um welchen es sich handelt, nicht vorkommen[42].

Ist es der Gepfändete, welcher die erfolgte Pfändung als Verletzung bezeichnet, und die richterliche Hülfe zu dem Zwecke in Anspruch nimmt, um die Rückgabe des Pfandstücks zu erlangen, so erläßt das Gericht, falls der Pfänder das Pfand nicht einliefert, eine Auflage an denselben, worin ihm unter Nachlassung des Vorbringens seiner Einwendungen die Rückgabe des

---

[36] Siehe oben not. 30 fg.

[37] Die analoge Anwendung der Decisio VI v. 26. October 1834 auf diesen Fall ist, wie Käuffer l. l. §. 7 unter Hinweisung auf die in neuerer Zeit mit mehren Nachbarstaaten wegen gegenseitiger Leistung der Rechtshülfe abgeschlossenen Verträge Art. 27 mit Recht bemerkt, unstatthaft, da es sich nicht um einen gerichtlichen Arrestschlag, sondern nur um eine außergerichtliche Pfändung handelt, überdieß die abgepfändete Sache nicht, wie die mit Arrest belegte, als Hülfsobject im künftigen Hauptprocesse dient, überhaupt aber regelmäßig der Gerichtsstand der Nebensache auf Bestimmung des Gerichtsstands der Hauptsache keinen Einfluß ausübt. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 144.

[38] Also namentlich der Beschränkungen der Zulässigkeit nach dem Objecte.

[39] Sachsenspiegel II, 40 vergl. mit II, 47. Berlich l. l. No. 57. 58. 60. Carpzov l. l. def. 6. 7. 8. Curtius l. l. §. 1163 am Ende. Käuffer l. l. §. 11.

[40] Der Gepfändete kann in solchem Falle verlangen, daß ihm die Pfandstücke kostenfrei an den Ort der Pfändung oder in seine Wohnung gebracht werden. Hagemann Handbuch des Landwirthschaftsrechts, Hannover 1807, p. 602. Käuffer l. l. §. 18.

[41] Käuffer l. l. §. 13 am Ende.

[42] Denn Recht u. Besitz kommen überhaupt nicht in Frage. S. oben bei not. 30 fg.

Pfands und die Vergütung der erwachsenen Schäden und Kosten aufgegeben wird[43]. Das Verfahren wird auch in diesem Falle in der oben angegebenen Weise abgesetzt[44].

§. 17.

Von anderen Fällen, in denen der unbestimmte summarische Proceß stattfindet.

Entstehen bei Gelegenheit eines Acts der freiwilligen Gerichtsbarkeit Differenzen zwischen den Betheiligten, so kann der Richter dieselben entweder zu Anstellung ordentlicher Klage verweisen, oder nach Befinden einen außerordentlichen Inrotulationstermin anberaumen, oder auch communicatorisches Verfahren einleiten und hierauf mittelst Erkenntnisses entscheiden[1]. Desgleichen soll in Vormundschaftsstreitigkeiten, worunter jedoch die wegen Activ- und Passivschulden der Pflegbefohlenen entstehenden Streitigkeiten nicht mit zu rechnen[2], summarisch verfahren und von der Vormundschaftsbehörde selbst mittelst Decrets entschieden werden[3]. Die Versendung der Acten mittelst Berichts an die Oberbehörde zum Zweck der Entscheidung in erster Instanz ist nach jetzigem Rechte unzuläßig[4]. Entstehen während eines Processes in Folge eines Nebenantrags Zwischenstreitigkeiten, für deren Verhandlung eine gesetzliche Norm nicht existirt, so wird darüber nach vorgängiger Anberaumung eines außerordentlichen

---

[43] W. H. Puchta l. l. p. 494. Käuffer l. l. §. 6. Hierbei ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Pfand an den Ortsrichter, beziehendlich eine andere Gerichtsperson eingeliefert sein kann.

[44] Also ebenfalls ein kurzer Termin anberaumt, zu welchem die Parteien unter Androhung der geeigneten Präjudizien vorgeladen werden und sodann das Verfahren, falls es eines solchen noch bedarf, in Form des unbestimmten summarischen Processes abgesetzt.

[1] Biener Syst. §. 232. Einberichtung an die Oberbehörde zum Zweck der unmittelbaren Entscheidung ist jetzt in keinem Falle mehr zuläßig — C. Gesetz v. 28. Januar 1835 §. 23 sub 4 — Versendung der Acten zum Verspruch an die Spruchbehörde dagegen in der Regel gestattet. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1850 X, 63 p. 273 fg., wo zugleich dargelegt wird, daß der Oberrichter in dem Falle, wenn der Unterrichter eine Entscheidung in materialibus verweigerte, darüber nichtsdestoweniger entscheiden kann.

[2] Vormundschafts-Ordnung v. 10. October 1782 Cap. 26. §. 1. C. II. C. A. I. p. 383 fg.

[3] Einholung rechtlichen Erkenntnisses von der Spruchbehörde ist also ausgeschlossen. Vormundschafts-Ordnung l. l. Kori Summ. Pr. §. 17.

[4] C. Gesetz v. 28. Januar 1835 §. 23 sub 4. Verordnung v. 28. März 1835 §. 29 sub 3b.

Inrotulationstermins, oder auch ohne solchen in Form des communicatorischen Processes gestritten [5]. In Streitigkeiten über Ausgleichung der Kriegsschäden und Kriegslasten zwischen Verpachter und Pachter soll die Sühne mit allem Fleiß versucht werden, das rechtliche Verfahren aber und die Bescheinigung der formirten Ansprüche oder der ihnen entgegengesetzten Einwendungen summarisch geschehen [6]. Das erste Erkenntniß, welches nach heutigem Rechte [7] vom Unterrichter gefällt wird, ist immer definitiv, Actenversendung an die Spruchbehörde aber zulässig [8].

---

5 So z. B. wenn darüber Streit entsteht, ob die Partei, welche schwören sollte, noch zum Eide gelassen werden dürfe, oder ob eine Abänderung des rechtskräftig geförmelten Eides zulässig sei. Vergl. Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555 III, 3. §. 1. 2. 3. 9. 10 u. 11. v. Gönner Handbuch IV, 71. §. 10 u. IV, 79. §. 3 u. 6. v. Grolman Theorie §. 237. Martin Lehrbuch §. 313. v. Linde Lehrbuch §. 329. v. Bayer Summ. Pr. §. 3 sub VII, p. 9. W. H. Puchta in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß V, 7 p. 107 fg.

6 Generale v. 26. Mai 1810 C. III. C. A. I. p. 451 fg.

7 C. Gesetz v. 28. Januar 1835 §. 23 sub 4. Verordnung v. 28. März 1835 §. 29 sub 4 d.

8 Dieß folgt schon daraus, weil früher an die Oberbehörde Bericht erstattet werden mußte. Angez. Generale v. 26. Mai 1810. Gewöhnlich wird in solchen Sachen die Form des Rechnungsprocesses angewendet. Kori Summ. Pr. §. 14 not. 14.

Zweiter Abschnitt.

Von den bestimmten summarischen Processen.

Erste Abtheilung.

Vom Urkundenprocesse.

Drittes Capitel.

Vom Urkundenprocesse im Allgemeinen.

§. 18.

Begriff und Arten des Urkundenprocesses.

Unter Urkundenproceß, Executivproceß im weiteren Sinne[1], versteht man im Allgemeinen diejenige bestimmte summarische Proceßart, in welcher die von den Parteien aufgestellten,

---

[1] Landesordnung v. 1. October 1555 Tit. „Ueber versatzte Brief und Siegel". C. A. I. p. 43 fg. Const. Elect. 7 u. 8. P. I. v. 21. April 1572, C. A. I. p. 73 fg. Torgauer Ausschreiben v. 8. Mai 1583 „Vom Arrest," C. A. I. p. 137 fg. Erledigung der Landesgebrechen v. 23. April 1612 Tit. v. Justizsachen §. 19. C. A. I. p. 167 fg. Alte Pr.-O. II. Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661 Tit. von Justizsachen §. 2. 3. 4 u. 5. C. A. I. p. 195 fg. Decis. Elect. 2. 12. 16. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Dipoldiswalder Mandat v. 18. Februar 1691 §. 3. C. A. I. p. 1161 fg. Erl. Pr.-O. VI. XXIV, 3 u. Anhang §. 3 bis 10. Erläuterung v. 3. März 1725 C. C. A. I. p. 269 auch in der Ober-Lausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824 §. 18 sub 1. Appellationsgerichtsordnung v. 27. März 1734 „Wer vor Unser Appellationsgericht geladen," C. C. A. I. p. 433 fg. Befehl vom 15. Novbr. 1780 C. II. C. A. I. p. 379 auch in der Ober-Lausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824 §. 18 sub 20. Mandat v. 27. September 1819 §. 8. u. 9. Executionsgesetz v. 28. Febr. 1838 §. 86 fg. Mevius Commentar von wucherlichen Contracten, Frankfurt u. Leipzig, 1710. Reinharth Diss. de qualitate actionum et exceptionum in processu executivo, Erfurth 1735. Berger Electa Processus Executivi, Lips. 1745. Berger Oec. Jur. IV, 30. th. 2. Leyser Med. ad Pand. Sp. 276. J. G. Schaumburg principia praxeos juridicae judiciariae, Jenae 1793 II, 2. Kori über den Executivproceß und die Widerklage, Auflage II. Jena 1826. Briegleb über executorische Urkunden und Executivproceß, Nürnberg 1839 Aufl. II. Stuttgart 1845. Gett der Executivproceß in der Ausbildung durch deutsche Particulargesetzgebungen und Gerichtsbrauch, Nürnberg 1841. Claproth Summ. Pr. §. 156 fg. Danz Summ. Pr. §. 29 fg. Aufl. II. Mehlen Summ. Pr. §. 24 fg. Süptitz Summ. Pr. §. 38 fg. v. Gönner Handbuch IV, 77. §. 1 fg. Martin Lehrbuch §. 250 fg. v. Linde Lehrbuch §. 360 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 40 fg.

des Beweises bedürftigen[2] thatsächlichen[3] Behauptungen nur insoweit berücksichtigt werden dürfen, als sie durch fehlerfreie[4], beweiskräftige[5] Urkunden[6] sofort liquid gemacht worden

Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV, §. V. p. 154 fg. Mühlenbruch Entwurf des Civilprocesses §. 436 fg. Biener Syst. §. 241 fg. Volkmann System §. 243 fg. Der Urkundenproceß, dessen erste Anfänge auf die oberitalienische Praxis und Statutargesetzgebung des Mittelalters zurückzuführen sind, trat in Deutschland an die Stelle der Selbstpfändung wegen kundlicher, redlicher und unlogenbarer Schuld. Derselbe ist — vergl. Briegleb l. l. I. p. 24 fg. vergl. mit p. 215 Aufl. II. — schon gemeinrechtlich im Deputat.-Absch. v. 1600 §. 32, im Jüngsten Rchs-Abschiede v. 1654 §. 107 u. 174 u. im Rchs-Schluß v. 1670 ausdrücklich anerkannt, verdankt aber seine weitere Ausbildung vorzüglich der Sächsischen Gesetzgebung. Vergl. noch Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III, §. 463. Martin Lehrbuch §. 250. Mittermaier l. l. p. 154. Gett l. l. §. 1 fg. u. vorzüglich Briegleb l. l. p. 209 fg. Aufl. II. Ortloff Diss. de processus executivi origine et natura, Jenae 1854. Derselbe in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß N. F. XIV, 4 p. 197 fg.

[2] Notorische, zugestandene, irrelevante und solche Thatsachen, für welche eine Rechtsvermuthung streitet, brauchen also auch im Urkundenprocesse nicht bewiesen zu werden, — vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 247 bei not. 14 fg. u. Volkmann l. l. §. 244 not. b. p. 177 — factische Vermuthungen dagegen liefern im Urkundenprocesse regelmäßig keinen Beweisgrund, da in dieser Proceßart nur voller Beweis berücksichtigt wird, durch solche factische Vermuthungen aber meist nur Wahrscheinlichkeit, keine Gewißheit entsteht. Vergl. Danz l. l. §. 37. Hommel Rhaps. Obs. 639. Volkmann l. l. §. 244 not. b. p. 177. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 253 u. unten §. 21 bei not. 15 u. §. 38 bei not. 15. Aus dem nämlichen Grunde ist auch künstlicher Beweis im Urkundenprocesse in der Regel ausgeschlossen. Vergl. unten §. 21 not. 15. Rücksichtlich der Beweislast weicht der Urkundenproceß vom ordentlichen nicht ab. Daher braucht der Kläger nach der Ansicht der Sächsischen Obergerichte, denen sich nunmehr auch das Appellationsgericht zu Leipzig angeschlossen hat, realverneinende thatsächliche Behauptungen, auf denen sein Klagrecht unter anderen mitberuht, nicht durch Urkunden in rechtliche Gewißheit zu setzen. Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 248. Mein Lehrbuch §. 139 und die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1852 XII, 23 p. 94 fg., 1853 N. F. I, 44 p. 177 fg. u. 58 p. 247 fg., 1854 N. F. II, 106 p. 405 fg. mitgetheilten Entscheidungen.

[3] Streitige Rechtssätze hindern die Anstellung des Urkundenprocesses nicht. Rchs-Dep.-Abschied v. 1600 §. 33. Rechtssätze, welche auf ausländischen Gesetzen, oder auf inländischen Provinzial- oder Localstatuten oder Gewohnheiten, Privilegien oder anderen Ausnahmsbestimmungen beruhen, von deren Existenz und Gültigkeit der Richter keine amtliche Kenntniß hat, stehen den thatsächlichen Behauptungen gleich und müssen daher durch Urkunden ebenfalls sofort liquid gemacht werden. Mühlenbruch Doctr. Pand. I. §. 39 in fine. Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung, p. 14 fg. Martin l. l. §. 144. v. Linde Lehrbuch §. 152 not. 7 u. §. 190. v. Bayer Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß p. 398 fg. Rizy Verbindlichkeit zur Beweisführung p. 24 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 247 bei not. 6. Mein Lehrbuch §. 127 bei not. 2, §. 138 bei not. 1.

[4] Kori Executivproceß §. 7. Ueber den Begriff der Fehlerfreiheit s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 253 u. unten §. 21.

[5] S. im Allgemeinen mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 u. unten §. 21 fg. Sie müssen voll beweisen, da unvollständiger Beweis unberücksichtigt bleibt. Vergl. unten §. 21 bei not. 15 u. §. 38 bei not. 15.

[6] Andere Beweismittel sind nicht zulässig. Wernher Obs. For. P. I.

sind[7]. Sind die Urkunden, durch welche der Gläubiger die factischen Unterlagen, auf welche er sich bei Verfolgung seines Rechts stützt, sofort in rechtliche Gewißheit setzt, vom Proceßgericht gefällte rechtskräftige Erkenntnisse[8] oder proceßgerichtliche Vergleichsprotocolle[9], so braucht der Schuldner vor der Hülfsvollstreckung nicht erst gehört zu werden und bedarf es daher keines Processes, sondern der Gläubiger ist berechtigt, bei dem Proceßgerichte[10] die sofortige Einleitung des Hülfsverfahrens, executio, zu beantragen[11]. Stützt sich dagegen der Gläubiger

---

Obs. 36. P. III. Obs. 198. Berger El. Pr. Execut. §. 8. v. Gönner Handbuch IV, 77. §. 4. v. Linde l. l. §. 360 not. 7. v. Bayer Summ. Pr. §. 43. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. I, 2 §. 3. Gett Executivproceß §. 5. p. 25 not. 3. Auch Monumente sind im Urkundenprocesse unzulässige Beweismittel. Kori Executivproceß §. 20 not. 140. Volkmann l. l. §. 247. p. 191. Ueber einige in Sachsen vorkommende Ausnahmen von der im Texte angegebenen Regel s. unten §. 32.

[7] Die Beweisführung muß also in diesem Processe anticipirt sein. Kori Executivpr. §. 1. Vergl. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 245 bei not. 34. Ungenau ist die Definition, welche Volkmann l. l. §. 243. p. 172 fg. giebt.

[8] Auf die Form des Processes, in welchem das Erkenntniß gefällt worden ist, kommt nichts an. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 120. p 453 fg.

[9] Die hier und da vorgekommene Praxis, wornach den proceßgerichtlichen Vergleichsprotocollen außergerichtliche, vor dem Proceßgerichte recognoscirte Vergleichsurkunden gleichgestellt wurden — vergl. Beck das Executionsgesetz v. 28. Februar 1838, Leipzig 1839, p. 89 u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 349 bei not. 12 — ist vom Ober-Appell.-Gericht 1845 in Sachen Kräger u. Genossen c. v. Heldreich mit Recht verworfen worden, da §. 1 u. 85 des Executionsgesetzes v. 28. Februar 1838 keine ausdehnende Erklärung zulassen. Ackermann Rechtssätze N. F. II, 286. p. 175 fg. Die Hülfsvollstreckung aus Protocollen der Friedensrichter — s. Gesetz vom 22. Juni 1846 §. 45 u. 46 — ist mit diesen Friedensrichtern in Folge des Gesetzes, die Einsetzung von Friedensrichtern betr., vom 11. August 1855 §. 22 weggefallen.

[10] Unter dem im Executionsgesetze v. 28. Februar 1838 §. 7 erwähnten Richter erster Instanz, bei dem das Hülfsgesuch angebracht werden soll, ist der competente Proceßrichter zu verstehen. Dieser hat in allen Fällen zu requiriren, sobald er zu Hülfshandlungen nicht competent ist. Hat sich der Beklagte ganz weggewendet, so können nach einmaliger Requisition die Parteien beim judex requisitus unmittelbar Anträge stellen, ohne daß es jedesmaliger neuer Requisition bedarf. Daher kann der Ausdruck „vollziehender Richter" in §. 48 des Executionsgesetzes auch auf den requirirten Richter bezogen werden. So hat das Ober-Appell.-Gericht in Sachen Ronthaler c. Wirth 1843 sich ausgesprochen.

[11] Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661 Tit. von Justizsachen, §. 2. C. A. I. p. 195 fg. Decis. Elect. 12 u. 15. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Alte u. Erl. Pr.-O. XXXIX. Executionsgesetz v. 28. Februar 1838 §. 1 u. 85. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 349. Bei anderen Gerichten, als bei dem Proceßgerichte kann aus rechtskräftigen Erkenntnissen und Vergleichsprotocollen nur der Executionsproceß angestellt werden. Ueber die Zulässigkeit der actio judicati überhaupt s. mein

bei Anrufung der Staatshülfe auf andere Urkunden, so muß der Beklagte mit seinen Einwendungen gegen den Anspruch des Klägers vor der Hülfsvollstreckung sogar dann gehört werden, wenn die Urkunden öffentliche sind[12]. Deßhalb bedarf es hier, bevor das Hülfsverfahren eingeleitet werden kann, der Anstellung einer Klage. Je nachdem die Urkunden, auf welche sich der Kläger in seiner Klage stützt, öffentliche oder Privaturkunden sind, zerfällt der Urkundenproceß in den Executions- und den Executivproceß im engeren Sinne. Der Executionsproceß, processus executionis, ist also diejenige Unterart des Urkundenprocesses, in welcher der Kläger alle factischen Unterlagen seiner Klage, soweit solche überhaupt des Beweises bedürfen, durch öffentliche, der Anerkennung nicht bedürfende Urkunden sofort liquid macht[13]. Dagegen stützt sich der Kläger im Executivprocesse im engeren Sinne, processus executivus in specie sic dictus, ganz oder doch zum Theil auf der Anerkennung bedürfende Privaturkunden, wodurch, die Anerkennung derselben vorausgesetzt, alle zum factischen Klaggrunde gehörigen Behauptungen sofort liquid werden. Haben die Urkunden, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt, die Eigenschaft von Wechseln, kaufmännischen Anweisungen, oder Schuldbekenntnissen nach Wechsel-

---

Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 349 not. 9. Verschieden von diesem Hülfsverfahren und nicht nach dem angez. Executionsgesetze, sondern nach Tit. XXXIX der Erl. Pr.-O. zu beurtheilen ist dasjenige Verfahren, welches die Gerichte einzuschlagen haben, wenn sie zu Beitreibung von öffentlichen Abgaben, Kosten oder Geldstrafen von einer Verwaltungsbehörde requirirt worden sind. Die Auflage kann in solchem Falle von der Verwaltungsbehörde erlassen werden — Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 39 p. 233 fg. — Die Hülfsvollstreckung selbst hat sie der Justizbehörde zu überlassen — A. Gesetz v. 28. Januar 1835 §. 3.

12 Denn auch öffentliche Urkunden können durch Einwendungen entkräftet werden. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 268. Hier gilt also der allgemeine Grundsatz, daß die Parteien vor der Hülfsvollstreckung gehört werden müssen. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 54. Ist der Beklagte rechtskräftig verurtheilt oder proceßgerichtlicher Vergleich abgeschlossen, so sind die Parteien bereits gehört worden, nochmaliges Gehör also nicht erforderlich. In dem Falle, wenn nach Rechtskraft der Condemnatoria der Kläger seine Forderung cedirt hat und der Cessionar durch gerichtliche Urkunde sich legitimirt, genügt der Antrag auf Hülfsvollstreckung nicht. Vielmehr muß Executionsklage erhoben werden. A. M. war das Appell.-Gericht zu Dresden 1846.

13 Diese Proceßart ist aus dem gemeinrechtlichen Mandatprocesse hervorgegangen und bestand schon vor dem Executionsgesetze v. 28. Februar 1838. Kori Executivproceß §. 2 not. 2. Dieselbe ist aber durch das angez. Gesetz wesentlich umgestaltet worden. Vergl. unten §. 40 fg.

recht, so findet der Wechselproceß, processus cambialis, Statt[14].

§. 19.

Von der Zulässigkeit des Urkundenprocesses.

Der Urkundenproceß ist lediglich zur Aufrechthaltung des Credits und zwar zu dem Zwecke, dem Kläger möglichst schnell zu seinem Rechte zu verhelfen, also zu Gunsten des Klägers eingeführt[1]. Demnach steht es dem Kläger frei, von dieser Proceßart Gebrauch zu machen, oder nicht[2], oder darauf nach Befinden wieder zu verzichten[3]. Die Fälle, welche hier vorkommen können, sind folgende: Entweder die factischen Unterlagen der Klage[4] sind sämmtlich durch öffentliche Urkunden liquid. Hier kann der Kläger den Executionsproceß, den Executivproceß im engeren Sinne, oder auch den ordentlichen Proceß wählen. Oder die Liquidität der Klagunterlagen beruht ganz auf Privaturkunden, oder zum Theil auf öffentlichen, zum Theil auf Privaturkunden. Dann ist der Executionsproceß niemals, wohl aber nach der Wahl des Klägers der Executivproceß oder der ordentliche Proceß zulässig[5]. Kann aber der Kläger einen einzigen zur Begründung seines Anspruchs wesentlich erforderlichen, des Beweises bedürf-

---

14 Siehe unten §. 44a fg.

1 Vergl. Landesordnung v. 1. Octbr. 1555: „Ueber versatzte Brief und Siegel." C.A.I. p. 43 fg. Decis. Elect. 12. v. 22. Juni 1661. C.A.I. p. 293 fg. v. Gönner Handbuch IV, 78. §. 39. Mehlen Summ. Pr. §. 24 sub II. Süptitz Summ. Pr. §. 39. v. Grolman Theorie §. 242. Gett Executivproceß §. 4. p. 23 fg. Biener Syst. §. 241. Kori Executivproceß §. 5. Die verschiedenen Einwendungen gegen die Zweckmäßigkeit des Executivprocesses hat Gett l. l. §. 2. p. 11 fg. zusammengestellt. Bei den jetzigen Verkehrsverhältnissen ist er ganz unentbehrlich. Auf dieser Unentbehrlichkeit beruhen die vielfachen Erweiterungen, welche diese Proceßart im Laufe der Zeit erfahren hat.

2 Decis. Elect. 12. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Wernher Obs. For. P. X. Obs. 360. Berger Oec. Jur. IV, 30. th. 2. not. 11. Leyser Med. ad Pand. Sp. 123. med. 6. Sp. 276. med. 4 fg. Gottschalk Disc. For. I, 38. p. 412 fg., III, 26. p. 344 fg. Biener Opusc. Acad. II. p. 333 fg. Biener Syst. §. 241 u. das von Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 154 mitgetheilte Präjudiz des Ob.-App.-Gerichts. S. noch Weber Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden I, 2. p. 16 fg. Martin Lehrbuch §. 238. v. Linde Lehrbuch §. 360 not. 3.

3 Erl. Pr.-O. Anhang §. 9. Leyser l. l. Spec. 276. med. 4. Biener Syst. §. 241. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 168 bei not. 13.

4 Diese ist vom Antrage auf Hülfsvollstreckung zu unterscheiden. Vergl. oben §. 18.

5 Leyser l. l. Sp. 276. med. 4 u. 5. Coroll. 1.

tigen thatsächlichen Umstand nicht durch Urkunden sofort liquid machen, so leidet der Executionsproceß niemals, der Executivproceß wenigstens in der Regel[6] keine Anwendung, und muß daher der Kläger seinen Anspruch in Form des ordentlichen Processes geltend machen. Ueber die Frage, in wieweit der Urkundenproceß wegen Geringfügigkeit des Gegenstands ausgeschlossen sei, wird weiter unten das Nöthige gesagt werden[7].

§. 20.

Allgemeine im Urkundenprocesse geltende Grundsätze.

Im Urkundenprocesse wird über die den Parteien gegeneinander zustehenden Rechte und obliegenden Verbindlichkeiten nicht schlechthin, sondern nur in Bezug auf die zum Beweise dieser Rechte und Verbindlichkeiten producirten Urkunden, also insoweit erkannt, als diese Urkunden zum Beweise der Parteirechte ausreichen[1]. Demnach gilt der allgemeine Grundsatz, daß im Urkundenprocesse alle thatsächlichen Behauptungen durch Urkunden sofort liquid gemacht werden müssen, nicht bloß von der Klage, sondern auch von den übrigen selbständigen Vorträgen der Parteien oder dritter Personen[2]. Indeß kommen bei Beurtheilung der Zulässigkeit der der Klage zu Grunde gelegten Urkunden besondere Grundsätze zur Anwendung, von denen unten die Rede sein wird[3]. Weil aber der Gebrauch anderer Beweismittel den Parteien zum Beweis ihrer Ausflüchte, Repliken, Dupliken ꝛc. keineswegs ganz abgeschnitten sein kann, vielmehr nur der möglichst schnellen Realisirung der Rechte halber in dieser Proceßart untersagt ist, so kann die Entscheidung im Urkundenprocesse der Natur der Sache nach nur eine provisorische sein[4]. Demnach muß den Parteien die Möglichkeit geboten sein, die bei dieser provisorischen Entscheidung

---

6 Von den in Sachsen eingeführten Ausnahmen s. unten §. 32.

7 Siehe unten §. 74.

1 Kori Executivproceß §. 5 u. 27. Kori Summ. Pr. §. 74. v. Bayer Summ. Pr. §. 47. Dieser Proceß bildet also eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze, daß den Parteien zur vollständigen Vertheidigung der ihnen gegenseitig zustehenden Rechte Gelegenheit gegeben werden müsse.

2 Namentlich gilt dieß auch von Intervenienten. Biener Syst. §. 241 u. unten §. 37.

3 S. unten §. 22 fg.

4 v. Gönner Handbuch IV, 77. §. 1 u. 2. Weber Beiträge zur Lehre v. d. Kl. u. Einr. I, 6. p. 60 fg. v. Linde Lehrbuch §. 360 am Ende. v. Bayer l. l. §. 47. Wernher Obs. For. P. IV. Obs. I. n. 105 fg. Kori Executivproceß §. 5 u. 27. Vergl. oben not. 1.

im Urkundenprocesse unberücksichtigt gebliebenen thatsächlichen Behauptungen in einer anderen Proceßart auszuführen und dabei von denjenigen Beweismitteln Gebrauch zu machen, welche im Urkundenprocesse nach dessen Eigenthümlichkeit nicht zulässig waren, oder doch dem Betheiligten damals nicht sofort zu Gebote standen [5]. Aus diesem Grunde müssen Ausflüchte und Dupliken, mit denen der Beklagte im Urkundenprocesse deßhalb nicht gehört werden konnte, weil er nicht im Stande war, die thatsächlichen Unterlagen derselben sofort liquid zu machen, oder weil er dieß doch nicht gethan hat [6], zur Widerklage, oder wenn sie auf einem selbständigen Klaggrunde beruhen, zu besonderer Klage verwiesen werden [7]. Ist dieß in der Entscheidung im Urkundenprocesse nicht ausdrücklich geschehen, so gehen dieselben deßhalb nicht verloren [8]. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Beklagte die ihm zur Seite stehenden Ausflüchte oder Dupliken im Urkundenprocesse gar nicht vorgeschützt hat [9]. Aus demselben Grunde geht dem Kläger sein Anspruch deßhalb nicht verloren, weil er außer Stande ist, seine Replik gegen eine durch Urkunden sofort liquide Ausflucht ebenfalls durch Urkunden sofort liquid zu machen. Vielmehr wird derselbe in solchem Falle nur angebrachtermaaßen abgewiesen und steht es ihm daher frei, in Form des ordentlichen Processes unter Aufnahme der illiquiden Replik in die Klagschrift [10] von Neuem

---

[5] z. B. weil die Partei die Urkunden, welche sie hätte benutzen können, nicht in den Händen hatte, oder nichts von denselben wußte. Kori Executivproceß l. l.

[6] Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV, §. V. p. 190. Kori Executivproceß l. l. not. 214 u. unten §. 29 not. 8.

[7] Vergl. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis III, 36. p. 205. S. jedoch wegen der Ausflucht der Compensation, welche nach dem Gerichtsbrauche als connexe Ausflucht angesehen und zur Widerklage verwiesen wird, unten §. 29 bei not. 10.

[8] v. Bayer l. l. §. 47 am Ende. Biener Opusc. Acad. II, 60. p. 265 u. das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 154 mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts.

[9] S. das von Kori Executivproceß §. 29 not. 214 mitgetheilte Präjudiz des vormaligen App.-Gerichts.

[10] Die Replik muß dann in die Klagschrift deßhalb aufgenommen werden, weil der Kläger, auch wenn er ordentliche Klage angestellt hat, auf den Grund einer proceßhindernden d. i. einer in continenti liquiden Ausflucht, welche das ganze Proceßobject erschöpft, in analoger Anwendung der Grundsätze vom Urkundenprocesse auch im ordentlichen Processe angebrachtermaaßen abgewiesen wird, sobald er seine Replik nicht ebenfalls sofort liquid machen kann. Vergl. Pfotenhauer Doctr. Pand. §. 163 not. *** Biener Syst. §. 54. v. Langenn u. Kori Erörter. pract. Rechtsfr. II, 28. p. 280 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 215 u. 238 und die in der Zeitschrift f.

gegen den Beklagten klagbar zu werden. Auf gleiche Weise wird der Kläger in dem Falle, wenn die der Klagschrift beigefügten Urkunden zum sofortigen Beweise des Anspruchs wegen eines Mangels der absoluten oder hypothetischen Beweiskraft nicht genügen, oder sonst die Voraussetzungen zur Verurtheilung fehlen, nur angebrachtermaaßen abgewiesen[11], und steht daher der in Folge eines Urkundenprocesses entweder vom Kläger oder vom Beklagten angestellten neuen Klage die exceptio rei judicatae in keinem Falle entgegen[12].

Im Urkundenprocesse können nach jetzigem Königlich Sächsischem Rechte nicht blos Geldschulden, fortlaufende jährliche Prästationen und Gefälle, sondern auch alle anderen persönlichen oder dinglichen[13] Verbindlichkeiten, mögen dieselben zweiseitig[14]

Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII, p. 264 fg. u. 273 fg. mitgetheilten Präjudicien.

[11] Schlechterdings erfolgt die Abweisung im Urkundenprocesse niemals. Dagegen ist bisweilen in dem Falle, wenn der Beklagte die Urkunde diffitirt hat, auf welcher die Klage beruht, der Beklagte von der erhobenen Klage entbunden und losgezählt worden. Hommel Rhaps. Obs. 397. Dessen Deutscher Flavius s. v. „Executivproceß VI. Biener Syst. §. 246 not. 7. Kori Executivproceß §. 28. Natürlich wird dadurch an der nur provisorischen Wirkung des Erkenntnisses nichts geändert und daher die Anstellung ordentlicher Klage in keinem Falle ausgeschlossen. Rathsamer wird es jedenfalls sein, diese leicht irreführende Formel zu vermeiden, obwohl ein Verbot derselben aus der Verordnung v. 9. Februar 1833 sich keineswegs entnehmen läßt. Siehe die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XV. p. 141 und bei Ackermann Rechtssätze N. F. VI, 825. p. 248 fg. mitgetheilte Entscheidung.

[12] Biener l. l. §. 311. Dasselbe gilt bei der Widerklage von der exceptio litis pendentis. S. Biener l. l. u. unten §. 29 not. 12.

[13] Berger El. Proc. Execut. §. 35 am Ende. Leyser Med. ad Pand. Sp. 381. med. 2 sq. Wernher Obs. For. P. IV. Obs. 93. Kind Quaest. For. III, 11. p. 49 u. III, 20. p. 89 fg. Biener l. l. §. 244. Kori Executivproceß §. 6 u. 40. Dessen Summ. Pr. §. 74. Volkmann System §. 245. p. 180. Daß Frohndienste im Executiv- und Executionsprocesse gefordert werden können, hat das Ober-App.-Gericht 1847 in Sachen Kärner c. Haferkorn ausdrücklich anerkannt. Siehe auch Ackermann Rechtssätze N. F. III, 471. p. 278 fg. Nach älterem Sächsischem Rechte war der Executivproceß nur zu Geltendmachung persönlicher Ansprüche gestattet. Vergl. Landesordnung v. 1. Oct. 1555. C. A. I. p. 43 fg. Tit. „Ueber versatzte Brief u. Siegel". Carpzov Proc. Jur. XXII, 2. §. 8. n. 78. Hommel Rhaps. Obs. 4. Ueber das gemeine Recht vergl. Claproth Summ. Pr. §. 160. Mehlen Summ. Pr. §. 24 not. 1 u. §. 25. Süptitz Summ. Pr. §. 42. v. Grolman Theorie §. 243 sub 1. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. III, 26 not. z. Martin Lehrbuch §. 250 not. b. v. Linde Lehrbuch §. 360. v. Bayer Summ. Pr. §. 42a. Mittermaier l. l. p. 170 fg. Der Besitz des Beklagten muß hier natürlich ebenfalls durch Urkunden liquid gemacht werden. Indeß wird bei der hypothekarischen Klage der Besitz des Verpfänders präsumirt, während der Besitz des dritten Besitzers auf Eid oder Beweis gestellt werden kann. Vergl. unten §. 32 bei not. 15.

[14] Claproth Summ. Pr. §. 160. Danz Summ. Pr. §. 30 Ausg. II.

oder einseitig sein, ausgeklagt werden[15], sobald nur die Klage auf eine Leistung geht, deren Beschaffenheit sich genau bestimmen läßt, und bei welcher es mehr darauf ankommt, was geleistet wird, als wie dieß geschieht[16].

Uebereinstimmend mit dem obenerwähnten Zwecke des Urkundenprocesses ist übrigens die gesetzliche Bestimmung, daß der im Urkundenprocesse rechtskräftig verurtheilte Beklagte, falls er nicht das Armenrecht erlangt hat[17], zuvörderst der rechtskräftigen Verurtheilung genügen muß, bevor der Kläger genöthigt werden kann, auf die vom Beklagten gegen ihn erhobene Widerklage sich einzulassen, oder den zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft des Erkenntnisses im Urkundenprocesse bereits schwebenden Proceß über die Widerklage fortzusetzen[18]. Das Object der Hauptklage kann

---

Schmidt Summ. Pr. §. 42. Mehlen l. l. §. 25. Süptitz l. l. §. 42. Martin l. l. §. 250. v. Linde l. l. §. 360. v. Bayer l. l. §. 42a. not. 9. Gett l. l. §. 6. p. 32 fg. Wernher l. l. P. I. Obs. 149., P. III. Obs. 172., P. VII. Obs. 37. Kori Executivproceß §. 6. Volkmann System §. 245. p. 180. Die erfolgte Erfüllung des Vertrags von Seiten des Klägers braucht in Sachsen nicht einmal durch Urkunden sofort liquid zu sein. S. unten §. 32 not. 6. Gemeinrechtlich ist dieß bestritten. Vergl. Claproth l. l. §. 160. Glück Comm. XVII. §. 1043. p. 229 fg. Mittermaier l. l. p. 172 fg.

[15] Vergl. hierzu Wernher l. l. P. I. Obs. 105. Sogar Ansprüche, welche nur auf den Besitz gehen, können im Urkundenprocesse geltend gemacht werden. Kori Executivproceß §. 6. Volkmann l. l.

[16] Berger El. Pr. Execut. §. 29 fg. Wernher l. l. Leyser l. l. Sp. 381. Kori Executivpr. §. 6 not. 10 u. 11 vergl. mit Hommel l. l. Obs. 4. Demnach kann nach dem Sächsischen Gerichtsbrauche der Executivproceß in allen Fällen angestellt werden, wo die des Beweises nach allgemeinen Grundsätzen bedürfenden thatsächlichen Unterlagen der Klage durch Urkunden sofort vollständig nachgewiesen werden können. Vergl. unten §. 23 bei not. 14. Nach gemeinem Rechte ist dieß sehr bestritten. Vergl. Jüngst. Rchs-Abschied v. 1654 §. 174. Claproth l. l. §. 160. Danz l. l. §. 30 u. 32. Ausg. II. v. Gönner Handbuch IV, 77. §. 3. Heffter Institutionen p. 433. v. Bayer l. l. §. 42. Mittermaier l. l. p. 170 fg. Gett l. l. §. 6. p. 26 fg. Ueber die Anstellung der Executivklage aus Erbzins- und Dienstregistern s. Kind Quaest. For. III, 11. p. 45 fg.

[17] Befehl v. 22. März 1738. C. C. A. I. p. 309. Berger Oec. Jur. IV, 21 u. unten §. 29 am Ende.

[18] Alte u. Erl. Pr.-O. VI, 1. Const. Elect. 7. P. I. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Berger El. Proc. Execut. §. 46. Biener l. l. §. 312. Vergl. noch Claproth l. l. §. 159. Weber Beiträge zur Lehre v. Kl. u. Einreden I, 2. p. 20 und unten §. 29 bei not. 18. Erlangung eines Hülfsrechts in der Convention ist keine Zahlung, sondern nur Sicherung eines Objects der künftigen Zahlung. Demnach ist der Vorkläger, wenn er auch ein solches Hülfsrecht erlangt hat, zur Einlassung auf die Widerklage, beziehendlich zur Fortsetzung der Widerklagsache nicht verpflichtet. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 90. p. 335 fg. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 349 fg. Vergl. auch den im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846 VI, 135. p. 385 fg. mitgetheilten interessanten Rechtsfall, wo unter Anderen auch ausgeführt wird, daß der Widerkläger in der Reconvention

aber, soweit es durch die Widerklage absorbirt wird, zumal in dem Falle, wenn der Widerbeklagte ein Fremder[19] oder Unangesessener ist[20], mit Genehmigung des Richters und nach dessen Ermessen[21], und wenn der Widerkläger probabilem litigandi causam für sich hat[22] und den ihm nach Befinden auferlegten Bosheitseid leistet[23], bis zum Ausgange des Processes über die Widerklage vom Widerkläger bei dem Proceßgericht deponirt werden[24], es müßte denn der Widerbeklagte wegen Restitution des

---

sich nicht darauf zu beziehen brauche, daß er den Widerbeklagten befriedigt habe. Die Einlassung auf die Widerklage ohne Vorbehalt und Protestation enthält keine Verzichtleistung auf das Recht, das weitere Verfahren in der Reconvention so lange zu verweigern, bis der Widerkläger der Convention sich entbrochen hat. Vergl. das in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. Neue Folge V. p. 174 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

19 Was hierüber die Verordnung v. 20. April 1849 sub Ib bestimmte, ist im Gesetze v. 12. Mai 1851 §. 3 wieder aufgehoben.

20 Bei angesessenen Inländern wird also der Richter die Deposition nur ausnahmsweise gestatten dürfen. So hat sich das Ober-App.-Gericht 1843 u. 1846 ausgesprochen. S. unten not. 21 u. das in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge V. p. 174 mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts. Vergl. auch den unten §. 37 bei not. 32 erwähnten Fall, wenn der Beklagte behauptet, daß die Schuld von einem wucherlichen Geschäfte, von verbotenem Spiele oder einer zu hohen oder unehrlichen Wette herrühre.

21 Demnach ist es dem Richter auch in anderen Fällen gestattet, dem Antrage auf Deposition des Objects stattzugeben. Erl. Pr.-O. VI, 1. Kori Executivproceß §. 37. p. 81 not. 235. Indeß ist eine solche Deposition nur als Ausnahme von der Regel zu betrachten und müssen daher besondere rechtlich zu beachtende Gründe vorhanden sein, welche der Richter nach Beschaffenheit der Umstände zu beurtheilen hat. Vergl. oben not. 20 und Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1843 III, 2. p. 7 und das in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. Neue Folge V. p. 173 mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts. So hat diese Oberbehörde in dem in Sachen der Richterin nachgel. Erben c. Dr. Jaspis 1846 gefällten Erkenntnisse die Deposition zugelassen, weil der Kläger mehrere und in verschiedenen Theilen des Landes wohnhaft waren. Vergl. auch die von Ackermann Rechtssätze N. F. I, 150. p. 289 fg. mitgetheilte Entscheidung.

22 Dieß hat das Ober-App.-Gericht 1847 in Sachen Streubelin c. Brunner für nöthig erklärt.

23 Zu Leistung dieses Eides wird ein besonderer Termin anberaumt. Erscheint der Widerkläger in diesem Termine nicht, so wird er mit der gesuchten Deposition abgewiesen. Erl. Pr.-O. VI, 1 am Ende.

24 Um zu dieser Deposition gelassen zu werden, bedarf es der Bescheinigung der sicher zu stellenden Forderung und des Abfalls der Nahrung, wie solche nach Erl. Pr.-O. LI bei anderen Sicherungsmaßregeln erfordert wird, keineswegs, da Erl. Pr.-O. VI, 1 auf Erl. Pr.-O. LI nicht verweist, auch die Widerklage in Sachsen nur wegen connexer Einwendungen gestattet wird. So hat das Ober-App.-Gericht mehrmals und namentlich auch in Sachen der Richterin nachgelassene Erben c. Dr. Jaspis 1846 u. in Sachen Streubelin c. Brunner 1847 erkannt. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1843 III, 2. p. 7, 1851 XI, 8. p. 31 fg. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge V. p. 173. Vergl. unten §. 29 u. oben not. 21.

Objects der Widerklage hinlängliche Sicherheit[25] leisten[26]. Die ehemals übliche cautio pro reconventione, welche nur den Zweck hatte, die Anerkennung des Gerichtsstands der Widerklage von Seiten des Widerbeklagten zu sichern, ist in Sachsen ausdrücklich aufgehoben[27].

§. 21.

Von den Erfordernissen der im Urkundenprocesse brauchbaren Urkunden im Allgemeinen.

Die Urkunden, auf welche sich die Parteien im Urkundenprocesse zum Beweise der von ihnen aufgestellten thatsächlichen Behauptungen beziehen wollen, müssen im Allgemeinen denjenigen Erfordernissen der äußeren und inneren Form entsprechen, ohne welche eine Urkunde weder absolute noch hypothetische Beweiskraft hat. Demnach gelten im Urkundenprocesse diejenigen Grundsätze ebenfalls, von denen in der Lehre vom Beweise gehandelt wird[1]. Namentlich muß die Urkunde vom Aussteller wirklich herrühren[2], später nicht verfälscht sein[3], äußerlich unverletzt[4] und

---

25 Dieß ist die sogenannte cautio de restituendo in casum succumbentiae. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 169.

26 Alte Pr.-O. VI, 2. Erl. Pr.-O. VI, 1. Berger Oec. Jur. IV, 21. Kori Executivproceß §. 37. Ueber den Fall, wenn sich der Beklagte mit Anstellung der Klage säumig beweist, s. unten §. 29 bei not. 14. Diese Grundsätze leiden übrigens auch auf Bagatellwiderklagen Anwendung. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844 IV, 19. p. 53 fg. u. unten §. 74 not. 7 am Ende.

27 Erl. Pr.-O. VI, 2, wo bestimmt wird, daß die Widerklage an das forum conventionis ohnehin gebunden sei, mithin es deßhalb eines besonderen Vorstands weiter nicht bedürfe. S. unten §. 30 u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 169 u. 144. Vergl. noch Oesterley über die Caution für die Widerklage, Göttingen 1806.

1 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 267. Gett Executivproceß §. 8 fg.

2 Die Urkunden müssen ächt sein. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 bei not. 2 und §. 268 bei not. 1. Mein Lehrbuch §. 150 bei not. 2. §. 151 bei not. 1 fg.

3 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 268 nach not. 13. Mein Lehrbuch §. 150 bei not. 3 und das im Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1844 IV, 8. p. 21 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts. Bei erheblichem Verdacht der Fälschung ist der Civilproceß zu sistiren und zuvörderst mit der Criminaluntersuchung zu verfahren. Decis. Elect. 88 v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 29 not. 3. Ueber das gemeine Recht s. mein Lehrbuch §. 151 p. 432.

4 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 bei not. 3 fg. Mein Lehrbuch §. 150 bei not. 4. Gett Executivproceß §. 8. Nach der Erl. Pr.-O. Anhang §. 4 können die Urkunden zwar etwas schadhaft sein, der Mangel muß aber nicht in essentialibus sich ereignen, auch dürfen selbige nicht durchstrichen

gültig sein, also denjenigen Erfordernissen der äußeren[5] und inneren[6] Form entsprechen, welche für alle, oder doch für die betreffende Gattung von Urkunden gesetzlich eingeführt sind[7]. Eben so wird Dispositionsfähigkeit des Ausstellers und Berechtigung desselben zum Geständniß oder Zeugniß erfordert[8], so wie Anwendbarkeit des Inhalts der Urkunde auf den concreten Fall[9].

---

oder durchschnitten sein. Vergl. fr. 24. Dig. de probat. et praesumt. XXII, 3. Cap. 3 et 6 X. de fide instr. II, 22. Cap. 7 X. de relig. domibus III, 36. Rchs-Notariats-Ordnung v. 1512 I. §. 18. Wernher Obs. For. P. VI. Obs. 407. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 370. Ueber Correcturen in der Urkunde siehe Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1847 VII, 16. p. 58 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 589. p. 222 fg. 640. p. 370 fg., über Wegschneidung einer Nachschrift Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849 IX, 41. p. 140 fg.

[5] Untersiegelung wird nur bei öffentlichen Urkunden — Cap. 2 et 6. X. de fide instr. II, 22. Rchs-Notariats-Ordnung v. 1512 I. §. 3. Decisio Elect. 20 v. 22. Juni 1661 C. A. I. p. 293 fg. — bei Privaturkunden aber in der Regel nicht und nicht einmal dann erfordert, wenn der Untersiegelung in der Urkunde selbst gedacht sein sollte. Erl. Pr.-O. Anhang §. 4. Kori Executivproceß §. 8. Volkmann System §. 247. p. 192. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 not. 11. Bloße Untersiegelung ohne Unterschrift reicht nicht hin. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2 not 7. Leyser med. ad Pand. Sp. 53. med. 9. Sp. 82. med. 8. Biener l. l. §. 242 not. 8. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 not. 16.

[6] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267. Mein Lehrbuch §. 150 bei not. 5. Gett l. l. §. 9. Ueber die Verschreibungen der Weibspersonen s. Const. Elect. 15. P. II. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Constitution v. 18. Novbr. 1722. C. A. I. p. 1209. Resolution v. 1. Juli 1723. C. A. I. p. 2371. Mandat v. 6. Novbr. 1828. Gesetz v. 8. Jan. 1838. Curtius Handbuch III. §. 1198 not. f. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. III, 23. p. 170 fg. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 339. Volkmann System §. 245. p. 183. Ueber die Wechselbriefe und Schuldverschreibungen der Studirenden und Familiensöhne Mandat v. 29. December 1718 C. A. II. p. 2081. Ober-Amtspatent v. 22. April 1719 C. A. III. p. 523. Gesetze für die Studirenden v. 29. März 1822 Tit. II. Ueber die Schuldverschreibungen der Unmündigen, welche sich für majorenn ausgegeben haben, s. unten §. 37 bei not. 34. Aus Urkunden, welche eine unehrliche Zusage enthalten, soll nach der Landes-Ordnung vom 1. Oct. 1555 Tit. Ueber versatzte Brief und Siegel C. A. I. p. 43 fg. nicht executivisch geklagt werden können. Hierher gehört auch die Decis. Elect. 16. v. 22. Juni 1661 C. A. I. p. 293 fg. Ueber Urkunden, welche eine verschleierte Verbürgung der Ehefrau für ihren Ehemann enthalten, s. das im Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1841 I, 5. p. 29 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[7] Ist also für die Urkunde eine besondere innere oder äußere Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde in dieser Form abgefaßt sein. Namentlich gilt dieß von Registraturen, Wechseln, Testamenten rc. Vergl. überhaupt mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267.

[8] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 nach not. 11. Ueber die Beweiskraft fremder Urkunden s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 78. p. 457 fg.

[9] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 not. 8. Gett Executivproceß §. 9. p. 71.

Auch muß die Urkunde zum Beweise einer erheblichen Thatsache dienen[10]. Urkunden, welche ihrem Inhalte nach unverständlich sind[11] oder Widersprüche enthalten[12], sowie solche, welche nicht bestimmt lauten[13] und deren Sinn zweifelhaft ist[14], sind zum Beweise von thatsächlichen Behauptungen im Urkundenprocesse ungeeignet. Ueberhaupt müssen die Urkunden vollen Beweis liefern, also allein schon genügen, um daraus vollständige juristische Gewißheit zu entnehmen[15]. Demnach sind Handlungsbücher[16], Registraturen der Pfarrer und Superintendenten[17], Abschriften von öffentlichen Urkunden, welche von einer anderen, als der ausstellenden Behörde, oder von einem anderen Notare beglaubigt sind[18], alte im Archiv aufbewahrte Abschriften[19] und andere Urkunden, welche die behauptete Thatsache nur wahrscheinlich machen, im Urkundenprocesse keine geeigneten Beweismittel. Ebensowenig

---

10 Man bezeichnet dieses Erforderniß mit dem Namen der Relevanz. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 not. 8.

11 Dahin gehören auch in anderer, als der deutschen oder lateinischen Sprache abgefaßte Urkunden, so lange keine Uebersetzung eines verpflichteten Dolmetschers beiliegt. Mein Lehrbuch §. 30 bei not. 11.

12 Const. 14. Cod. de fide instr. IV, 21. Cap. 13. X. eodem II, 22. Gett l. l. §. 9. p. 72. Kori Executivproceß §. 9. p. 20. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 not. 7 u. 8. Mein Lehrbuch §. 150 bei not. 12.

13 Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 not. 6.

14 Solche Urkunden, bei denen die Anwendung der Interpretationsregeln nicht zur vollen Gewißheit ihres Sinns führt, also irgendwelche Zweifel zuläßt, sind keine klaren Brief und Siegel und eignen sich daher zum Executivprocesse nicht. Kori l. l. §. 9. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 135 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 691. p. 155 fg.

15 Dieses Erforderniß ist dem Urkundenprocesse eigenthümlich, da hier nur voller Beweis berücksichtigt wird. Zeugnisse öffentlicher Behörden beweisen in der Regel voll und kann daher aus diesen executivisch geklagt werden. Künstlicher Beweis und factische Vermuthungen sind in der Regel ausgeschlossen, weil sie in den bei weitem meisten Fällen nicht zur vollen Ueberzeugung des Richters führen. Siehe meine Diss. de praesumtionis vi ac natura, Lipsiae 1854. Vergl. auch Mehlen Summ. Pr. §. 25. Süptitz Summ. Pr. §. 39. Hommel Rhaps. Obs. 639 und das im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1841 I, 5. p. 29 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts. S. auch oben §. 18 not. 2.

16 Süptitz l. l. §. 41 not. 6. v. Linde Lehrbuch §. 360 not. 14. Gett l. l. §. 9. p. 89. Wernher l. l. P. IV. Obs. 206. P. I. Obs. 42. Kori Executivproceß §. 7. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 bei not. 28. Ueber die Frage, inwieweit Handlungsbücher gegen den Kaufmann beweisen, welcher sie geführt hat, siehe die im Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 64. p. 391 fg. mitgetheilte Entscheidung.

17 Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 115 bei not. 8.

18 Wernher l. l. Suppl. ad P. II. Obs. 365. Vol. VII. p. 302. Kori l. l. §. 7. p. 16. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 bei not. 39. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 434 u. unten not. 22.

19 Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 bei not. 36.

sind Zeugenrotul als Beweismittel zulässig[20]. Bezugnehmende Urkunden beweisen nur dann, wenn das Document, auf welches Bezug genommen ist, ebenfalls herbeigeschafft worden ist, es müßte denn der Inhalt des relatum im referens vollständig aufgenommen und dieß unzweifelhaft sein[21]. Einfache Abschriften beweisen gar nichts, beglaubte aber nur dann, wenn sie Abschriften öffentlicher Urkunden und von der nämlichen Behörde beglaubigt sind, von welcher das Original herrührte[22]. Auch muß der Recognoscibilität von Privaturkunden kein Hinderniß im Wege stehen[23]. Die Production des Originals einer Urkunde muß in der Regel vollständig geschehen. Theilweise Production unter Versiegelung des sonstigen Inhalts der Urkunde wird in den meisten Fällen aus dem Grunde nicht für genügend gehalten werden können, weil es dann zweifelhaft bleiben wird, ob nicht der versiegelte Theil der Urkunde auf das jetzt streitige Rechtsverhältniß Bezug habe[24]. Bloße Blanquets haben gar keine Beweiskraft[25]. Uebrigens ist es gleichgültig, ob die thatsächlichen

---

[20] Berger El. Proc. Execut. §. 38. Biener l. l. §. 247. Kori Executivproceß §. 7. p. 17.

[21] Erl. Pr.=O. Anhang §. 4. Novella 119 cap. 3. Auth. „Si quis“ Cod. II, 1. Berger l. l. §. 10. Ejusdem Oec. Jur. IV, 30. th. 2. Wernher l. l. P. II. Obs. 362. Leyser Med. ad Pand. Sp. 264. Biener l. l. §. 242. Obs. Kori l. l. §. 7. p. 15. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 not. 32. Vergl. auch Gett l. l. §. 9. p. 76 fg. Mein Lehrbuch §. 150 bei not. 10.

[22] Biener l. l. §. 246 not. 3. Kori l. l. §. 7. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 bei not. 39. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. XIII. p. 434. Abschriften, welche in einer anderen Rechtssache vom Beklagten als Originalien anerkannt und recognoscirt sind, eignen sich zum Urkundenprocesse. So hat das Ober=Appell.=Gericht 1846 erkannt. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1847 VII, 125. p. 393 fg. Punctationen, welche von beiden Theilen unterschrieben sind, haben Beweiskraft. Leyser Med. ad Pand. Sp. 273. Coroll. 2. Kori l. l. §. 7. Claproth Summ. Pr. §. 160. Mehlen l. l. §. 27.

[23] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 269 und dazu die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 65 mitgetheilte Entscheidung des Ober=App.=Gerichts, wo der bei der Leichtigkeit der Fälschung höchst bedenkliche Satz ausgesprochen ist, daß auch mit Bleistift geschriebene Urkunden recognoscibel seien. Für den Urkundenproceß, wo noch überdieß die diffessio quoad contenta ausgeschlossen ist, würde eine solche Urkunde auch dann nicht brauchbar sein, wenn sich die Recognoscibilität derselben im ordentlichen Processe rechtfertigen ließe. Urkunden, welche nicht vom Beklagten selbst, sondern von einem Anderen in Beklagtens Namen unterschrieben sind, müssen recognoscirt werden. Erl. Pr.=O. Anhang §. 4.

[24] Von der Zulässigkeit der extractweisen Induction s. unten §. 34 not. 8.

[25] Carpzov Diss. de charta blanca, Lips. 1707. Wernher l. l. P. VI. Obs. 260. Mehlen l. l. §. 27. Süptitz l. l. §. 41 not. 6. Gett

Behauptungen, auf welche die Parteien sich stützen, durch eine einzige oder durch mehrere Urkunden zusammen liquid gemacht werden[26].

§. 22.

Von den Erfordernissen der zum Beweise der Klage im Urkundenprocesse brauchbaren Urkunden. Documenta guarentigiata.

Außer den im vorigen §. erwähnten allgemeinen Erfordernissen aller Beweisurkunden, deren sich die Parteien zum Beweise der von ihnen aufgestellten thatsächlichen Behauptungen im Urkundenprocesse bedienen wollen, müssen diejenigen Urkunden, mittelst deren der Kläger im Urkundenprocesse die in seiner Klage behaupteten Thatsachen sofort liquid machen will, auch ihrem Inhalte nach alle diejenigen Angaben in voll beweisender Form enthalten, welche zu Begründung des klägerischen Anspruchs und zu Verurtheilung des Beklagten erfordert werden. Man nennt diese Angaben gewöhnlich die capita libelli[1]. Urkunden, welche diesen Erfordernissen vollständig entsprechen, aus denen also alle Umstände, so zu einer Verurtheilung im Urkundenprocesse erforderlich, in continenti zu verificiren[2], heißen klare Brief und Siegel, documenta guarentigiata s. guarentigionata[3]. Da die Ausflucht der Compensation zu den nichtcon-

---

l. l. §. 9. p. 78. Heffter System §. 250. Schmid Handbuch §. 145. p. 278. S. jedoch wegen der Wechselgiri Allgemeine Deutsche Wechselordnung Art. 12 u. 13.

26 Biener l. l. §. 242. Gensler Comm. zu Martin II. p. 67. v. Bayer l. l. §. 43 not. 1. Mittermaier l. l. p. 174. Gett l. l. §. 7. p. 41.

1 Dieselben werden verschieden angegeben. In Sachsen gehören dahin die Fragen: Quis? quid? (quale? quantum?) cui? quando? und ubi debeat? S. unten §. 23 fg. Vergl. Claproth Summ. Pr. §. 160. Süptitz Summ. Pr. §. 42. Carpzov Respons. I, 4. resp. 9. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 105. 149 u. 335, P. III. Obs. 198., Suppl. ad P. II. Obs. 365. Vol. VII, p. 303. Berger El. Proc. Execut. §. 9 fg. Ejusdem Oec. jur. IV, 30. Th. 2. Leyser Med. ad Pand. Sp. 37. med. 4. Sp. 130. Coroll. 1., Sp. 276 u. 381. Der Angabe der causa debendi bedarf es im Urkundenprocesse nach Sächsischem Rechte nicht. Vergl. unten §. 23.

2 Dieß ist die wörtliche Definition der Erl. Pr.-O. Anhang §. 4.

3 Danz Summ. Pr. §. 32 Ausg. II. Mehlen Summ. Pr. §. 26. Süptitz l. l. §. 41. und vorzüglich Briegleb Executivproceß I. p. 37 fg. Aufl. II. Berger Oec. Jur. l. l. Bauer Opusc. Acad. I. p. 447. Biener Syst. §. 242. Opusc. Acad. II. p. 256 u. 376. Ueber die Abstammung des Worts guarentigium s. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 463 not. g. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. 2c.

neren Ausflüchten gehört und eine selbständige Klage des Beklagten gegen den Kläger enthält, so kann dieselbe im Urkundenprocesse nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Beklagte die Thatsachen, auf welche diese Ausflucht gestützt ist, ebenfalls durch klare Brief und Siegel sofort liquid macht[4]. Von den Erfordernissen der documenta guarentigiata muß hier ausführlicher die Rede sein.

§. 23.

Fortsetzung. a. Verpflichtung des Schuldners.

Aus der Urkunde, deren sich Jemand im Urkundenprocesse als documentum guarentigiatum zur Liquidstellung eines Anspruchs bedienen will, muß sich vor Allem mit Gewißheit ergeben, daß dieser Anspruch, beziehendlich die demselben entsprechende Verpflichtung existire[1]. Daher sind Urkunden, aus denen nur die Nichtexistenz oder das Erlöschen einer Verbindlichkeit zu ersehen ist, keine documenta guarentigiata, da sie zwar, sobald sie nur sonst voll beweisen, im Urkundenprocesse zum Gegenbeweise, sowie zu Liquidstellung von Ausflüchten, Repliken und Dupliken mit Erfolg gebraucht werden können, aber zu Liquidstellung des factischen Klaggrunds schon ihrem Inhalte nach nicht geeignet sind[2]. Die älteren Sächsischen Gesetze[3] erfordern in Berücksich-

---

IV, §. V. p. 150 not. 10. Gett Executivproceß §. 7. p. 37 not. 2. Kori Summ. Pr. §. 7 not. 28. und namentlich Briegleb l. l. Ursprünglich waren documenta guarentigiata und klare Brief und Siegel keineswegs gleichbedeutend. Briegleb l. l. p. 209 fg. Der Name „klare Brief und Siegel" stammt aus einer Zeit, wo die Gültigkeit der Urkunde von der Beidrückung des Siegels abhing. S. oben §. 21 not. 4. S. noch Weber Beiträge z. Lehre v. Kl. u. Einr. II, 13. p. 79 fg. Eichhorn l. l. Aus Gerichtshandels- und Conceptbüchern kann nicht executivisch geklagt werden — Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2 not. 2 — ebensowenig aus Lehnbriefen gegen dritte Personen. Hommel Rhaps. Obs. 341.

[4] Von conneren Ausflüchten gilt dieß nicht.

[1] Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661 Tit. von Justizsachen §. 2. C. A. I. p. 195 fg. Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. Anhang §. 5. Hommel Rhaps. Obs. 4 u. 890. Biener Syst. §. 242. Kori Executivproceß §. 13. Treitschke in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung II, 21. p. 385 fg. Volkmann System §. 244.

[2] Indeß können solche Urkunden neben anderen auch zum Beweise der Klage erforderlich sein, wenn die Begründung der Klage unter anderen auch die Bezugnahme auf das Erlöschen einer Verbindlichkeit nöthig machen sollte. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 209 nach not. 5.

[3] Landesordnung v. 1. October 1555 Tit.: Ueber versatzte Brief und Siegel C. A. I. p. 53 fg. Erledigung der Landesgebrechen v. 23. April 1612 Tit. von Justizsachen §. 19. C. A. I. p. 167 fg. Alte Pr.-O. VI, 3 und

tigung des ursprünglichen Zwecks der Einführung des Urkundenprocesses zu Anstellung der Urkundenklage ausdrücklich, daß die Urkunde, auf welcher die Klage beruht, die Momente eines Vertrags, oder ein ausdrückliches Zahlungsversprechen, durch dessen ausdrückliche oder stillschweigende Acceptation von Seiten des Klägers der Beklagte verpflichtet wird, oder doch ein dem Berechtigten gegenüber[4] abgelegtes unumwundenes Anerkenntniß der Schuld, wenn auch keine ausdrückliche Zusage des in der Klage Geforderten enthalte[5]. Ueberdieß bestimmte die Erläuterte

---

XXIV, 3. Erl. Pr.-O. Anhang §. 3 u. 4 vergl. mit Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661 Tit. von Justizsachen §. 8. C. A. I. p. 195 fg.

[4] Das einem unbetheiligten Dritten gegenüber abgelegte außergerichtliche Zugeständniß der Schuld reicht nach der richtigeren Ansicht auch dann, wenn es schriftlich erfolgt ist, aus dem Grunde nicht aus, weil es sowohl an dem Beweise der Absicht zu gestehen, als der Ernstlichkeit des Geständnisses fehlt, die aus einem solchen Zugeständnisse aber etwa zu schöpfenden, wenn auch nach Lage der Sache sehr starken Wahrscheinlichkeitsgründe im Urkundenprocesse keine Berücksichtigung finden können. Vergl. fr. 6 §. 3 Dig. de confessis XLII, 2. Cap. 3 X. de successionibus ab intestato III, 27. Carpzov Jurispr. For. I, 16. Leyser Med. ad Pand. Sp. 473. med. 2. Hommel Rhaps. Obs. 217. Biener Syst. §. 119. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 254 am Ende. Mein Lehrbuch §. 134 am Ende. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1842 II, 10 sub V. p. 55, II, 99. p. 352 u. oben §. 21 not. 15.

[5] Daher ist der Urkundenproceß ausgeschlossen, wenn in der Urkunde neben dem Anerkenntnisse der Schuld auf eine Thatsache Bezug genommen ist, welche zur Vorschützung einer peremtorischen Ausflucht berechtigen würde. Beck das Executionsgesetz v. 28. Februar 1838, Leipzig 1839 p. 90 not *. Hat jemand in einer Urkunde bekannt, daß er zu einem bestimmten oder unbestimmten Zwecke Vorschuß erhalten habe, so wird er nur zur Rechnungsablegung, keineswegs zur Rückzahlung verpflichtet, es müßte denn aus der abgelegten Rechnung hervorgehen, daß der Vorschuß nicht verwendet worden sei. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844 IV, 26. p. 77. Ueber die Frage, ob der Urkundenproceß auf eine affirmative Einlassung gestützt werden könne, siehe Schaffrath pract. Abhandlungen No. XXXIV. p. 242, welcher dieselbe mit Recht verneint. Indeß hat das Ober-App.-Gericht im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846 VI, 38. p. 104 sich dahin ausgesprochen, daß allerdings aus einem in einer Einlassung bewirkten Geständnisse der Executionsproceß erhoben werden könne, wenn solches unumwunden abgelegt oder mit einer verloren gegangenen peremtorischen Ausflucht verbunden worden sei, weil der Beklagte bei der Einlassung Veranlassung und Verpflichtung habe, sich über das fragliche Verhältniß vollständig auszusprechen, mithin auch Alles dasjenige mit vorzubringen, was er etwa gegen eine aus dem Zugeständnisse abzuleitende Folgerung mit Bestande Rechtens einzuwenden haben dürfte. Allein die Gründe, welche Schaffrath l. l. für die entgegengesetzte Ansicht geltend macht, sind allerdings sehr erheblich. Auch war in der im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle l. l. mitgetheilten Rechtssache das App.-Gericht zu Dresden a. M. gewesen. Ueber die Berechtigung Beklagtens, nach Abweisung der Klage oder Verzichtleistung des Klägers darauf seine processualischen Zugeständnisse zu widerrufen, s. die in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verw. N. F. XIII. p. 245 fg. u. XIV. p. 188 fg., sowie im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1855 N. F.

Proceßordnung im Anhange §. 5, daß es, da ohnehin jedes pactum obligatorium sei, der Ausdrückung der causa debendi specialis, also der Angabe der Thatsachen, aus welchen das Recht des Klägers entstanden ist, nicht bedürfe, daß vielmehr auch aus indiscreten Urkunden Klage erhoben werden könne[6]. Hiernach ist auch in dem Falle, wenn die Gesetze, die Existenz gewisser Thatsachen vorausgesetzt, eine specielle[7] Verbindlichkeit unmittelbar eingeführt haben[8], der Urkundenproceß nach der richtigeren Ansicht ausgeschlossen, indem es keineswegs genügt, wenn der Kläger durch Urkunden die Thatsachen liquid stellte, von deren Dasein die Gesetze den Eintritt der speciellen Verbindlichkeit unmittelbar abhängig gemacht haben[9]. Indeß darf nach dem

---

II. p. 210 fg. mitgetheilten Entscheidungen, über Rückforderung einer Caution im Wege der Executivklage s. Ackermann Rechtssätze N. F. II, 274. p. 142 fg. über Anerkenntniß der Schuld nach vorausgegangener Berechnung Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. XIV. p. 471, über die actio emti, wenn der Käufer der Einrede des Seiten Verkäufers nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags entsagt hat, Ackermann l. l. III, 469. p. 271 fg. über Anstellung einer Urkundenklage aus einer bloßen Handlungsbilance Ackermann l. l. IV, 537. p. 80.

[6] Dieß gilt auch von Cessionsurkunden. Biener l. l. §. 242. not. 7. Urkunden, wodurch Beklagter eine indiscrete Urkunde zu entkräften sucht, werden regelmäßig ebenfalls indiscret sein müssen. Küstner zu Griebners Discurs not. 89. Hommel l. l. Obs. 890. Kori Executivproceß §. 13. A. M. ist Volkmann l. l. §. 246. not. u. pag. 189. Gemeinrechtlich sind indiscrete Urkunden — abgesehen vom Wechselprocesse Allgemeine Deutsche Wechselordnung v. 26. November 1848 Art. 4. 12. 96 u. 98 — zu Anstellung der Urkundenklage nicht geeignet. Vergl. fr. 25. §. 4. Dig. de probat. XXII, 3. fr. 26. §. 2. Dig. Depositi XVI, 3. const. 13. Cod. de non numerat. pecun. IV, 30. cap. 3. X. de libell. oblat. II, 3. cap. 14. X. de fide instrum. II. 22. Weber Beiträge z. Lehre von Kl. u. Einr. II, 13. p. 79 fg. Glück Comm. XIII. §. 833. p. 119. v. Bayer Summ. Pr. §. 43. Mittermaier l. l. p. 176. Gett Executivproceß §. 9. p. 79 fg. Vergl. noch Leyser Med. ad Pand. Sp. 132. Biener l. l. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 368 und mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 254. not. 49. u. §. 266. not. 24. Mein Lehrbuch §. 150 bei not. 13. Ueber die Frage, ob aus einem bloßen Zahlungsversprechen ohne Angabe der causa debendi specialis ordentliche Klage erhoben werden könne, s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 266. bei not. 24. u. die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 250 fg. u. XV. p. 91 fg. u. im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1849 IX, 50. p. 165 fg. mitgetheilten Entscheidungen.

[7] Also eine Verbindlichkeit, deren Umfang für einen bestimmten Fall vom Gesetz selbst im voraus festgesetzt ist.

[8] Z. B. in dem Falle, wenn auf Alimentation eines Kinds oder auf Rückgabe einer Mitgift nach Trennung der Ehe geklagt wird.

[9] Berger El. Proc. Execut. §. 35. und gewissermaßen auch Kori Executivproceß §. 42. A. M. Biener Syst. §. 244. u. nach ihm Volkmann System §. 245. p. 182. Vergl. das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. II. p. 79 in Betreff der Alimentationsklage mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts vom Jahre 1840 und das im Wochenblatte f. merkw.

Gerichtsbrauche aus einem Testamente oder Codicille gegen den Erben, welcher die Erbschaft angetreten hat[10], auf Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten geklagt werden, welche der Erblasser demselben im Testamente oder Codicille auferlegt hat, obwohl das Testament oder der Codicill weder die Momente eines Vertrags, noch ein Zahlungsversprechen, noch auch ein unumwundenes Anerkenntniß der Schuld von Seiten des Erben enthält, vielmehr die Erklärung des Erben, daß er die ihm im Testamente oder Codicille auferlegten Lasten übernehme, nur stillschweigend in dem erfolgten Erbschaftsantritte enthalten ist[11]. Auch aus Wechseltratten und kaufmännischen Anweisungen, sowie den darauf befindlichen Indossamenten kann, obwohl sie dem angegebenen Erfordernisse klarer Brief und Siegel nicht entsprechen,

---

Rechtsf. 1844 IV, 3. p. 7 fg. referirte Erkenntniß eines Bezirks-Appell.-Gerichts in Betreff der Klage auf Rückgabe einer Mitgift, womit freilich die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843 III, 79. p. 229 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts in einer Alimentationssache geradezu im Widerspruche steht. Die im Texte vertheidigte Ansicht wird durch die Erwägung gerechtfertigt, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen Ausnahmen nicht ausgedehnt werden dürfen, daß man also die Normen des Urkundenprocesses nicht auf Fälle anwenden dürfe, welche weder nach dem Zwecke dieser Proceßart, noch nach den Gesetzen dahin gehören. Hierzu kommt, daß der Urkundenproceß seinem Wesen nach nur dann zulässig sein kann, wenn alle factische Momente, auf denen der klägerische Anspruch beruht, also auch die Verpflichtung des Schuldners und deren Höhe aus Urkunden liquid ist. Gesetze sind aber keine Urkunden in dem hier anzunehmenden Sinne. Die Berufung der Gegner auf den Rechtssatz, daß gesetzliche Vorschriften mindestens ebensoviel Glauben verdienen, als Urkunden, beweist zu viel. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844 IV, 3. p. 7 fg. So hat auch das Ober-Appell.-Gericht 1840 sich ausgesprochen. Daher hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1846 eine aus einer negotiorum gestio angestellte Executivklage abgewiesen.

[10] Der Erbschaftsantritt muß aber aus Urkunden liquid sein, oder im gemischten Executivprocesse Einlassung und Antwort auf diesen Klagpassus gefordert worden sein. Vergl. Kind Quaest. For. I, 51. p. 374 fg. und die dort angezogenen Präjudizien.

[11] Carpzov Jur. For. III, 13. def. 35. Berger Oec. Jur. II, 4. Th. 29. not. 10. F. A. Fischer Diss. num legatarius heredem ex testamento processu executivo convenire queat? Viteb. 1783. Leyser Med. ad Pand. Sp. 381. med. 2. 3 u. 5. Kind l. l. I, 51. Biener Opusc. Acad. II, 58. p. 257 fg. Ejusdem Syst. §. 244. Obs. Kori Executivproceß §. 39. v. Hartitzsch Entscheid. pract. Rechtsfr. No. 249. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1843 III, 105. p. 305 fg. So hat auch das Ober-Appell.-Gericht 1840 erkannt. Vergl. noch Danz Summ. Pr. §. 30 Ausg. II. Mehlen Summ. Pr. §. 25. not. 2. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. V. p. 172. A. M. sind Hommel Rhaps. Obs. 4. Bauer l. l. I. p. 447. Die dem Erben wegen Unzulänglichkeit der Erbschaft, oder sonst zustehenden Ausflüchte werden zur Widerklage verwiesen, sobald sie nicht durch Urkunden sofort liquid gemacht werden können. Kind l. l.

gesetzlich Wechselklage angestellt werden[12]. In neuerer Zeit sind zwar die Sächsischen Gerichte auch in anderen Fällen von den gesetzlichen Vorschriften bisweilen abgegangen, indem sie sich im Laufe der Zeit mehr und mehr der Ansicht zuneigten, daß der Urkundenproceß überhaupt dann zulässig sei, wenn alle des Beweises bedürftigen factischen Klagunterlagen durch Urkunden sofort liquid gestellt seien. Diese Erweiterung der Zulässigkeit des Urkundenprocesses hat sogar in §. 86 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 scheinbar einige gesetzliche Stütze erhalten, indem dort die Zulässigkeit der Executionsklage lediglich davon abhängig gemacht ist, daß der Grund des Anspruchs aus den Urkunden vollständig erhellt. Indeß genügt diese Gesetzstelle bei der Unbestimmtheit ihrer Fassung zu Rechtfertigung der gedachten Erweiterung des Urkundenprocesses keineswegs, und ist daher der Urkundenproceß aus speciellen gesetzlichen Verbindlichkeiten nach der richtigeren Ansicht auch jetzt noch ausgeschlossen[13]. Von der Berücksichtigung solcher factischer Unterlagen der Klage, welche des Beweises nach allgemeinen Grundsätzen nicht bedürfen, ist bereits oben die Rede gewesen[14].

§. 24.

Fortsetzung. b. Bezeichnung des Gläubigers.

Die Bezeichnung des Gläubigers muß in klaren Brief und Siegeln durch Angabe des Namens oder doch dergestalt bewirkt sein, daß eine Verwechslung desselben mit anderen Personen unmöglich ist[1]. Indeß wird nach der Praxis der Zuname des Gläubigers bis zum Beweise des Gegentheils deßhalb für genü-

---

[12] S. schon Leipziger Wechsel-Ordnung v. 2. October 1682. §. VIII u. XX. C. A. II. p. 2023 fg. Gesetz v. 18. Juli 1840. sub XII. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1843 III, 85. p. 247 fg. u. über das neuere Recht Allgemeine deutsche Wechselordnung v. 26. Novbr 1848 Art. 4 fg. u. 96 fg. Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849. Gesetz über den Schuldarrest und den Wechselproceß v. 7. Juni 1849. §. 3.

[13] Vergleiche die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. II. p. 79. XIII. p. 360 und die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 79. p. 229 fg. 1844. IV, 3. p. 7 fg. 1845. V, 34. p. 94. 1849. IX, 90. p. 313 fg. u. 94. p. 326 fg. 1851. XI, 41. p. 161 fg. 1857 N. F. V, 32. p. 164 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Biener Syst. §. 244. Volkmann System §. 245.

[14] Siehe oben §. 18. not. 2.

[1] Biener Syst. §. 242. not. 2. Kori Executivproceß §. 11. p. 25.

gend angesehen, weil für ihn der Besitz der Urkunde spricht[2]. Sind die in der Urkunde angegebenen Vornamen des Gläubigers falsch, so ist der Executivproceß unstatthaft. Bei Urkunden, welche „auf jeden getreuen Briefsinhaber" „au porteur" lauten, bedarf es der Nennung des Gläubigers nicht[3]. Indeß steht es dem Beklagten frei, den Beweis, daß der klagende Inhaber den Besitz der Urkunde auf unrechtmäßige Weise erlangt habe, sofort im Urkundenprocesse durch vollständig beweisende Urkunden, oder in der Widerklage durch andere Beweismittel zu führen[4]. Von Privaten, Corporationen und Anstalten dürfen übrigens Creditpapiere ohne Genehmigung der Regierung überhaupt nicht „auf jeden Inhaber" gestellt werden, und es ist aus so lautenden Papieren dieser Art keinem Inhaber zur Zahlung zu verhelfen[5]. Lautet die Urkunde, aus welcher geklagt wird, auf einen bestimmten Gläubiger „oder jeden andern getreuen Briefsinhaber", so muß der Kläger, wenn er selbst in der Urkunde als Gläubiger nicht genannt ist, den Beweis der factischen Unterlagen der activen Sachlegitimation, so weit solche des Beweises bedürfen, durch Urkunden ebenfalls führen. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn ein Dritter aus einer Urkunde klagt, welche auf einen bestimmten Gläubiger ohne den erwähnten Zusatz lautet[6]. Doch

---

[2] Thibaut Pandectenrecht §. 222. not. 9. Biener l. l. Vergl. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 133. p. 414 fg. mitgetheilten Entscheidungen.

[3] Glück Comm. XVI. §. 1022. p. 440 fg. Gett Executivproceß §. 9. p. 55. Kind Quaest. For. III, 48. Biener l. l. Kori l. l. v. Hartitzsch Entscheid. pract. Rechtsfr. No. 79. Volkmann System §. 246. p. 184. A. M. sind ohne Grund Berger Oec. Jur. III, 5. Th. 5. not. 12. Ejusdem El. Proc. Execut. §. 10. Hommel Rhaps. Obs. 645. Schaumburg Princ. Prax. Jurid. Jud. II, 2. §. 4. not. ****. Curtius Handbuch III. §. 1192. not. e am Ende. Vergl. Kind l. l. und die dort angez. Präjudizien des vormaligen Appell.-Gerichts.

[4] Wegen der Lotterieloose vergl. v. Hartitzsch l. l. No. 263.

[5] Gesetz v. 7. Juni 1846. Vergl. unten §. 128. not. 4 am Ende. Auch bei Wechseln und kaufmännischen Anweisungen bedarf es der Angabe des Namens der Person oder der Firma, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden soll, zur Gültigkeit. Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 4. sub 3. Art. 96. sub 3. Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849. §. 1. Indeß wird durch ein Blanco-Indossament jeder Inhaber legitimirt. Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 12 u. 98. Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849. §. 1.

[6] Erl. Pr.-O. Anhang §. 7. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2. not. 5. Wernher Obs. For. P. V. Obs. 247. Leyser Med. ad Pand. Sp. 201. med. 1 sq. Hommel l. l. Obs. 12. Biener l. l. §. 242. Der bloße Besitz der Urkunde reicht also in der Regel nicht und lediglich dann aus, wenn dieselbe

wird der Kläger, wenn er es im ersten Verfahren an Beibringung dieser Sachlegitimation fehlen ließ, nicht abgewiesen, sondern um fünf Thaler gestraft und auf Beibringung der Sachlegitimation interlocutorisch erkannt[7]. Die Mitunterschrift des Gläubigers auf der Urkunde, aus welcher derselbe klagt, wird selbst in dem Falle nicht erfordert, wenn die Urkunde einen zweiseitigen Vertrag enthält, da die Acceptation der vom Gegner gethanen Zusicherungen aus der Klaganstellung selbst hervorgeht[8].

§. 25.

Fortsetzung. c. Bezeichnung des Schuldners.

Die Urkunde, welche als documentum guarentigiatum dienen soll, muß ferner den Namen oder doch die genaue Bezeichnung des Schuldners enthalten. In der Regel muß der Name desselben, wenigstens bei Privaturkunden, unterschrieben sein, damit darüber, daß das Geschäft zum Abschluß gediehen sei, kein Zweifel obwalte[1]. Der Unterzeichnung des vollständigen Namens bedarf es jedoch jetzt nicht mehr. Vielmehr genügt in der Regel und wenn die Gesetze nicht für einen einzelnen Fall etwas anderes ausdrücklich bestimmt haben, die Unterzeichnung des Familiennamens, wenn nur der Aussteller durch andere Umstände von anderen Personen gleiches Namens genau zu unterscheiden ist[2]. Ebenso genügt die Unterzeichnung der Handlungs-

---

„au porteur" lautet. Wernher l. l. Curtius l. l. III. §. 1192. v. Hartitzsch l. l. No. 79, vergl. mit oben bei not. 3.

[7] Erl. Pr.-O. l. l. Wernher l. l. Berger Oec. Jur. IV, 30. th. 2 not. 5. Ejusdem El. Proc. Execut. §. 10. 15. 16 u. 36. Hommel l. l. Bauer Opusc. I, 45. p. 454. Kori l. l. §. 12. p. 26 fg. Volkmann System §. 246. p. 185. Die nachträgliche Beibringung kann dann ebenfalls ausschließlich durch Urkunden erfolgen. Vergl. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. 2c. IV. §. V. p. 177. Die Praxis gestattet auch die sofortige Verbindung des bedingt gefaßten Erkenntnisses in der Hauptsache mit diesem Interlocute.

[8] Kori l. l. §. 11.

[1] v. Bayer Summ. Pr. §. 43 not. 11. Gett Executivproceß §. 8. Kori Executivproceß §. 10 not. 68. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 bei not. 16 u. 269 bei not. 3 fg. Ueber einen dem unterschriebenen Namen beigefügten Zusatz s. den in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 131 fg. mitgetheilten Rechtsfall, über die Untersiegelung oben §. 21 not. 4 u. §. 22 not. 3.

[2] Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 9. März 1838. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 not. 16. Früher wurden die vollständigen Vornamen erfordert. Biener Syst. §. 242 not. 3. Kori l. l. §. 10. p. 23. Vergl. auch Kind Sammlung auserlesener Rechtssprüche I, 33.

firma[3]. Darauf, ob der Schuldner seinen Namen selbst unterschrieben, oder durch einen Anderen unterschreiben lassen, kommt nichts an[4]. Wäre aber die Unterschrift von einem Dritten dergestalt bewirkt, daß derselbe seinen eigenen Namen unterschrieben und dabei bemerkt hätte, daß er im Namen des Schuldners unterschreibe, so bedarf es in der Klage der Beweisführung durch Urkunden, daß der unterschreibende Dritte zur Unterzeichnung Auftrag gehabt habe[5]. Ist die Urkunde nicht mit dem Namen des Beklagten, sondern eines Dritten unterzeichnet, so muß sich der Kläger passiv zur Sache legitimiren[6].

---

p. 175 fg. Der Beklagte wird also von der Verbindlichkeit zu diffitiren befreit, wenn nur der Familienname unterschrieben ist und nichts weiter vorliegt, woraus sich die Identität der Person ersehen ließe. Ist dagegen der Name vollständig unterschrieben, so nützt ihm der Nachweis, daß mehrere desselben Namens existiren, nichts. Kori l. l. p. 24, welcher den Beklagten auch dann für verpflichtet hält, zu diffitiren, wenn derselbe durch ein Taufzeugniß oder sonst glaubhaft nachweist, daß er andere Vornamen führe, als solche in der Urkunde ausgedrückt sind. Dieß läßt sich aber nicht rechtfertigen. Vergl. noch Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 133. p. 414 fg.

[3] Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 9. Februar 1850, G.-S. p. 196. Früher galt dieß nur von Wechseln oder Anweisungen, sowie bei dem Leipziger Handelsgerichte. Rescript v. 8. December 1773. C. II. C. A. II. p. 1441 vergl. mit Resolution v. 16. April 1720. C. A. I. p. 2083 und Mandat v. 23. December 1829. Kori l. l. §. 10. p. 24. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 269 bei not. 5b. Gett l. l. §. 8. p. 43. Von Wechseln u. kaufmännischen Anweisungen s. Allgemeine deutsche Wechselordnung v. 26. Novbr. 1848 Art. 4 sub 5 u. Art. 96 sub 5. Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849 §. 1.

[4] Erl. Pr.-O. Anhang §. 4. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 268 not. 6. §. 269 bei not. 17.

[5] Biener l. l. §. 242. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IX, 10 sub 38. p. 275. Ueber die Quittungen des Ehemanns für die Ehefrau s. Verordnung vom 7. Juni 1821. Ueber die Frage, ob das einer Gemeinheit geliehene Capital im Executivproceß zurückgefordert werden könne, wenn die Schuldverschreibung von den Vorstehern oder Administratoren der Gemeinheit unterzeichnet ist, s. Decis. Elect. 16 v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Städteordnung v. 2. Februar 1832 §. 186 u. 188. Landgemeindeordnung v. 7. November 1838 §. 60 u. 62. Kind Quaest. For. IV, 58. Kori l. l. §. 41. Volkmann System §. 245. p. 181 fg. Vergl. noch über nicht confirmirte Actienvereine und die von deren Vorstehern abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. l. l. p. 274 fg.

[6] Erl. Pr.-O. Anhang §. 7. Danz Summ. Pr. §. 34 Ausg. II. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. V. p. 177. Gett l. l. §. 9. p. 58. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 335., P. X. Obs. 298., Suppl. ad P. IV. Obs. 151. Vol. VII. p. 541. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2 not. 5. Ejusdem El. Proc. Execut. §. 17 fg. und 36. Hommel Rhaps. Obs. 12 u. 155. Bauer Opusc. Acad. I. p. 45. Biener l. l. §. 242. Kori l. l. §. 12. Volkmann l. l. §. 249. p. 201. Die Beibringung dieser Sachlegitimation muß regelmäßig durch Urkunden geschehen. Besteht sie indeß in der Behauptung, daß der Beklagte Erbe des Schuldners geworden sei, so kann sie im Executivprocesse im engeren Sinne auf Eid oder Beweis gestellt werden. Vergl. unten §. 32.

§. 26.

Fortsetzung. d. Gegenstand der Leistung.

Unerläßlich ist auch in jedem documentum guarentigiatum die Angabe des Gegenstands der Leistung. Handelt es sich daher um Uebergabe vertretbarer Sachen, so müssen dieselben nach Quantität und Qualität genau bestimmt sein[1]. Wird dagegen auf Uebergabe nicht vertretbarer Sachen geklagt, so müssen dieselben dergestalt bezeichnet sein, daß sie von anderen Sachen genau sich unterscheiden lassen[2]. Gleichergestalt bedarf es der genauen Bezeichnung der Handlungen, deren Vornahme der Kläger in der Urkundenklage fordert. Von der Zulässigkeit des Urkundenprocesses in dem Falle, wenn der Gegenstand der Leistung, das Vorhandensein gewisser Thatumstände vorausgesetzt, nur vom Gesetz speciell bestimmt ist, war bereits im §. 23 die Rede.

§. 27.

Fortsetzung. e. Zeit der Leistung.

Der zu Begründung der Klage wesentlich gehörige Umstand, daß die Verbindlichkeit des Schuldners betagt sei, muß im Urkundenprocesse ebenfalls sofort liquid sein[1]. Bei Wechseln[2]

---

[1] Thibaut Pandectenrecht §. 97 fg. Ist nur die Münzsorte nicht angegeben, so hat der Schuldner die Zahlung in der am Ausstellungsorte zur Zeit der Ausstellung der Urkunde gangbaren Münzsorte zu leisten. Kori Executivproceß §. 9. p. 21. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 276 fg. Vergl. Gesetz v. 20. Juli u. v. 21. Juli 1840. Verordnung v. 8. September 1841. Verordnung v. 22. u. 31. December 1841. Bei Wechseln und kaufmännischen Anweisungen muß der Gegenstand nothwendig eine Geldzahlung sein. Allgemeine deutsche Wechselordnung v. 25. April 1849 Art. 4 sub 2 u. Art. 5, sowie Art. 96 sub 2. Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849 §. 1.

[2] Biener Syst. §. 243.

[1] Claproth Summ. Pr. §. 161. Thibaut Pandectenrecht §. 102. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. II, 48. Seuffert civilist. Erört. 2. v. Bayer Summ. Pr. §. 43 not. 6. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. V. p. 176. Gett Executivproceß §. 9. p. 62 fg. Biener Syst. §. 243. Kori Executivproceß §. 14. Ueber die Frage, ob Zahlungen, welche, wenn der contractliche Termin auf einen Sonntag oder Festtag fällt, am nächstfolgenden Werktage geleistet worden sind, noch tempestiv geleistet seien, s. die im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1845. V, 28. p. 73 fg. mitgetheilten Entscheidungen.

[2] Dieß gilt sowohl von gezogenen, als von eigenen Wechseln. Allgemeine deutsche Wechselordnung v. 26. Novbr. 1848 Art. 4 sub 4 und 96 sub 4.

und kaufmännischen Anweisungen[3] bedarf es der Angabe der Verfallzeit zur Gültigkeit der Urkunde, während bei allen anderen Urkunden, welche der Kläger seiner Klage zu Grunde legt, sobald die Zeit der Leistung in denselben gar nicht angegeben ist, die Schuld in der Regel als sofort fällig anzusehen ist[4]. Ist die Zahlung „ehestens" oder „sobald als möglich"[5] versprochen worden, so darf die Klage erst nach Ablauf eines Jahrs von Zeit der ausgestellten Schuldverschreibung an gerechnet angestellt werden[6]. Hat aber der Schuldner die Zahlung „nach und nach" oder „bei guter Gelegenheit"[7] versprochen, so kann zwar die Klage sofort angestellt werden; es hat aber der Richter die Zahlungsfristen nach seinem billigen Ermessen und nach Beschaffenheit des Gläubigers und Schuldners von Amtswegen zu bestim-

---

[3] Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849 §. 1.

[4] Fr. 41. §. 1. Dig. de verb. oblig. XLV, 1. Fr. 213. Dig. de verb. sign. L, 16. Fr. 14. Dig. de div. reg. jur. L, 17. Seuffert Blätter für Rechtsanwendung III. p. 22 fg. v. Bayer l. l. Gett l. l. p. 62. Der frühere Gerichtsbrauch machte davon in Berücksichtigung des Zwecks des Darlehnscontracts dann eine Ausnahme, wenn es sich um Geldbarlehn handelte, indem dann die Rückforderung in analoger Anwendung des §. 6 des Anhangs der Erl. Pr.-O. erst nach Jahresfrist gestattet wurde. Küstner zu Griebners Discurs p. 539 not. 93. Bauer Responsa II, 67. Biener l. l. §. 243 not. 1 am Ende. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 133. p. 362 fg. u. 1849. IX, 90. p. 315. In neuerer Zeit ist man davon mit Recht abgegangen, indem man sich darauf beschränkt, dem Darleiher zu Rückzahlung des Darlehns nach fr. 105. Dig. de solutionibus et liberationibus XLVI, 3 u. fr. 137. Dig. de verborum obligatione XLV, 1 eine mäßige Frist zu gestatten. S. die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. X. p. 283 und im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1853 I, 19. p. 72 mitgetheilten Entscheidungen. Ist über die Zeit der Zinsenzahlung in der Urkunde nichts bestimmt, so muß angenommen werden, daß dieselben in jährigen Fristen bezahlt werden sollen. Generale v. 14. December 1801. §. 3. C. III. C. A. I. p. 195 fg.

[5] Diesen Ausdrücken stehen die Worte „nächstens", „frühestens", „baldigst", „in Kurzem" ꝛc. gleich. Kori l. l. §. 14. Die Verzugszinsen laufen in diesem Falle erst von Zeit der nach Jahresfrist angestellten Klage an. Biener l. l. §. 243 not. 1. Koril. l. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1843. III, 123. p. 357 fg.

[6] Erl. Pr.-O. Anhang §. 6.

[7] Dem steht auch der Ausdruck „nach Bequemlichkeit" gleich. So hat das Ober-App.-Gericht 1847 in Sachen Kutzlebs c. Bohndorf sich ausgesprochen. Ebenso sind Fristen zu setzen, wenn der Beklagte zu zahlen versprochen hat, „sobald es ihm passe", „sobald es in seinen Kräften stehe". Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XI. p. 461, XIII. p. 51 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. III, 430. p. 176 flg., V, 685. p. 122 fg. In einem Falle, wo der Schuldner versprochen hatte, „nach seinen Kräften nach und nach" zu zahlen, hat das Ober-App.-Gericht bei Ackermann l. l. N. F. III, 481. p. 301 fg. ausgesprochen, daß bei Festsetzung der Zahlungsfristen auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners Rücksicht zu nehmen sei.

men[8]. Hat der Schuldner das Darlehn mit der Erklärung erhalten, daß er dasselbe behalten könne, so lange er wolle, oder sind die Parteien sonst bei der Entstehung eines Schuldverhältnisses dahin einig geworden, daß der Schuldner leisten könne, wenn er wolle, so kann der Gläubiger erst nach dem Tode des Schuldners gegen dessen Erben klagen[9]. Steht die Schuld auf Aufkündigung, so hat der Kläger entweder die erfolgte Aufkündigung durch Urkunden nachzuweisen, oder den gemischten Executivproceß[10] anzustellen[11]. Ist keines von beiden geschehen, so gilt die Behändigung der Klage selbst als Aufkündigung und der Kläger wird, falls die Aufkündigungszeit während des Processes verflossen ist, nicht, „weil die Klage zur Zeit noch nicht Statt hat", abgewiesen, sondern der Beklagte unter Compensation der Proceßkosten beziehendlich unter Verurtheilung des Klägers zu deren Erstattung condemnirt[12]. Hat nur der Schuldner das

---

[8] Erl. Pr.=O. l. l. Küstner zu Griebners Discurs p. 539 not. 93. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2 not. 1. Dieß ist übrigens keineswegs blos auf Darlehne zu beschränken. S. das von Kori l. l. not. 102 mitgetheilte Präjudiz des vormaligen Appell.=Gerichts. Bei geringfügigen Forderungen werden diese Fristen nach dem Gerichtsbrauche nicht leicht über 6 Monate, bei größeren nicht leicht über ein Jahr ausgedehnt. Uebrigens gilt die angegebene gesetzliche Bestimmung in dem Anhange der Erl. Pr.=O. §. 6 auch außerhalb des Executivprocesses. S. das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. II. p. 70 mitgetheilte Präjudiz des vormaligen Appell.=Gerichts. In gleicher Weise hat sich das Ober=App.=Gericht 1847 in Sachen Kutzlebs c. Bohndorf ausgesprochen.

[9] So hat das vormalige Appell.=Gericht mit Beziehung auf fr. 4. loc. cond. XIX, 2 und fr. 27. de donat. XXXIX, 5. im Jahre 1822 erkannt. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. II. p. 69. Vergl. auch fr. 9. Dig. Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt XL, 8. Gett l. l. §. 9. p. 68. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 685. p. 122 fg. Ebenso hat sich das Ober=App.=Gericht nach Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 53 in einem Falle ausgesprochen, wo der Schuldner die Zahlung in von ihm selbst zu bestimmenden Terminen versprochen hatte.

[10] S. unten §. 32.

[11] Kori l. l. §. 14. Auch kann der Kläger in der Klage den Antrag stellen, daß dem Schuldner in der Ladung zu dem auf den Fall der Nichtzahlung anberaumten Termine so viel Frist gegeben werde, als die Aufkündigungsfrist beträgt. Kori l. l. Vergl. auch Mittermaier l. l. p. 177 u. 178 not. 85. Gett Executivproceß §. 9. p. 65 fg. Ueber die Berechnung der Aufkündigungsfrist s. noch Glück Comm. XII. §. 784. p. 96. v. Hartitzsch Entscheid. pract. Rechtsfr. No. 107.

[12] Biener l. l. §. 53 not. 3. Kori l. l. §. 14 und die in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge I. p. 359 u. XI. p. 461 fg., sowie im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1849 p. 72 fg. mitgetheilten Präjudizien des Ober=Appell.=Gerichts. Dieß gilt auch von dem Falle, wenn die Schuld zur Zeit einer vom Oberrichter in der höheren Instanz zu fällenden Entscheidung fällig geworden ist. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XII. p. 278 fg. Bei verzinslichen Schulden ist die Aufkündigung vor dem ersten

Recht zur Aufkündigung, so kann der Gläubiger erst nach der von Seiten des Schuldners erfolgten Aufkündigung, oder falls diese unterbleibt, nach dem dreißigsten Tage vom Tode des Schuldners an gerechnet klagen[13].

Die Zeit der Ausstellung der Urkunde ist in der Regel nicht und nur dann nöthig[14], wenn entweder die Gesetze die Angabe derselben ausdrücklich fordern[15], oder die Zeit der Leistung nur darnach sich bestimmen läßt[16]. Ist die Urkunde zu einer Zeit ausgestellt, seit welcher bereits die Verjährungsfrist verstrichen ist, so kann daraus nur dann der Urkundenproceß angestellt werden, wenn zugleich die erfolgte Unterbrechung der Verjährung durch Urkunden nachgewiesen wird, oder der Ausflucht der Verjährung in der Urkunde ausdrücklich entsagt ist[17]. Die im entgegengesetzten Falle der Klage entgegenstehende Ausflucht der Verjährung muß von Amtswegen berücksichtigt werden[18].

Zinsenzahlungstermine nicht zuläßig. Generale v. 14. December 1801 §. 2. C. III. C. A. I. p. 195 fg. Kori l. l. not. 97. Curtius Handbuch III. §. 1297 not. c. A. M. ist Volkmann l. l. §. 246 not. n. p. 187.

[13] Angez. Generale v. 14. December 1801. §. 9. Biener l. l. §. 243. Kori l. l. §. 14. Gott l. l. §. 9. p. 68. Hatten des Schuldners Erben die Verzinsung später fortgesetzt, so läuft die Aufkündigungsfrist von dem ersten Verzinsungstermine an, in welchem die Entrichtung der Zinsen unterblieben ist. Angez. Generale §. 9.

[14] Leyser Med. ad Pand. Sp. 265. med. 1. Kori l. l. §. 16. A. M. sind Claproth Summ. Pr. §. 160 not. 7. Gott l. l. §. 9. p. 61. Berger El. Proc. Execut. §. 20. S. hierzu fr. 34. §. 1. Dig. de pignor. XX, 1. Novell. 47. Cap. 1. pr. cap. 11. X. de probat. II, 19., Cap. 6. X. de fide instrum. II, 22. Cap. 3. de sentent. et re jud. in VIto II, 14.

[15] Wie bei gerichtlichen Registraturen Erl. Pr.-O. II, 6. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 110 — bei Notariatsinstrumenten einschließlich der Wechselproteste Notariats-Ordnung v. 1512. Generale vom 6. Juni 1807. C. III. C. A. I. p. 223. Kori l. l. §. 16 — bei Testamenten der Eltern unter Kindern Novella 107 — bei Wechseln und kaufmännischen Anweisungen Allgemeine deutsche Wechselordnung v. 25. April 1849 Art. 4 sub 6 u. Art. 96 sub 6. Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849 §. 1.

[16] Leyser Med. ad Pand. Sp. 265. med. 3. Wenn es z. B. heißt, daß nach Ablauf einer bestimmten Frist, oder daß ehestens, sobald als möglich ꝛc. gezahlt werden solle. Enthält in letzterem Falle die Urkunde keine Angabe der Zeit ihrer Ausstellung, so wird die Forderung erst nach Ablauf eines Jahrs von Anstellung der Klage, oder von der gerichtlichen Production an gerechnet fällig. S. oben bei not. 5 u. 6.

[17] Die im Gesetze vom 23. Juli 1846 eingeführte dreijährige Verjährung tritt dann nicht ein, wenn über das Schuldverhältniß eine Urkunde ausgestellt ist.

[18] Const. Elect. 25. P. I. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Kind Quaest. For. III, 11. p. 46 fg. Ueber den Anfang der Verjährung der auf Aufkündigung gestellten Urkunden s. Generale v. 14. December 1801. C. III. C. A. I. p. 195 fg.

§. 28.

Fortsetzung. f. Ort der Leistung.

Endlich darf bei Anstellung der Urkundenklage über den Ort der Leistung kein Zweifel obwalten[1]. Indeß bedarf es der ausdrücklichen Angabe dieses Orts in der Urkunde in der Regel nicht, es müßte sich denn derselbe ohne diese ausdrückliche Angabe nicht bestimmen lassen[2].

Der Ort der Ausstellung der Urkunde ist in der Regel unwesentlich. Indeß läßt sich bisweilen ohne Angabe desselben die Verbindlichkeit des Ausstellers nicht bestimmen. In solchem Falle ist die Beifügung des Orts der Ausstellung ausnahmsweise nöthig[3]. Auch machen die Gesetze ausnahmsweise in einigen Fällen die Gültigkeit der Urkunde von der ausdrücklichen Angabe desselben abhängig[4].

§. 29.

Von der Widerklage.

Das Rechtsmittel, dessen sich der Beklagte in Sachsen[1] bedienen kann, um seine auf das Recht selbst bezüglichen, nicht blos

---

[1] Claproth Summ. Pr. §. 161. Thibaut Pandectenrecht §. 95. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Proc. ꝛc. IV. §. V. p. 176. Gett Executivproceß §. 9. p. 59. Biener Syst. §. 243. Kori Executivproceß §. 14.

[2] Seuffert Blätter f. Rechtsanwendung III. p. 23. Mittermaier l. l. Gett l. l. Kori l. l. Ueber Wechsel u. kaufmännische Anweisungen s. Allgemeine deutsche Wechselordnung v. 26. Novbr. 1848 Art. 4 sub 8. Art. 97. Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849 §. 1.

[3] Novell. 47. cap. 1. Fr. 34. §. 1. Dig. de pignor. XX, 1. Cap. 11. X. de probat. II, 19. Kori l. l.

[4] z. B. bei gerichtlichen Registraturen Erl. Pr.-O. II, 6. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 110 — bei Notariatsinstrumenten Rchs.-Notariats-Ordnung v. 1512. Generale vom 6. Juni 1807. C. III. C. A. I. p. 223 — bei Wechseln Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 4 sub 6 u. Art. 96 sub 6 — bei kaufmännischen Anweisungen Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849 §. 1.

[1] Nach gemeinem Rechte findet auch im ordentlichen Processe eine Widerklage Statt, welche auf dem Grundsatze beruht, daß jeder während des Processes von seinem Gegner bei demjenigen Gerichte verklagt werden könne, wo er selbst geklagt hat, und ebensowohl mit der Vorklage gleichzeitig in den nämlichen Acten als nachträglich in abgesonderten Acten verhandelt und entschieden werden kann, und von der Compensabilität der beiden Ansprüche, oder von ihrer Connerität nicht abhängt, obwohl beides vorhanden sein kann. S. die unten not. 5 angez. das gemeine Recht betreffenden Schriften. In Sachsen ist dieß aufgehoben durch Const. Elect. 7. P. I. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Alte Pr.-O. VI, 3. Erl. Pr.-O. VI, 2.

processualischen[2] Vertheidigungsmittel, womit er in dem provisorischen Urkundenprocesse wegen Mangels an Liquidität nicht gehört werden konnte[3], dem nämlichen Gegner gegenüber[4] nachträglich zum Zwecke der definitiven Regulirung des Streitverhältnisses geltend zu machen, heißt Widerklage, Gegenklage, Nachklage, reconventio, mutua petitio[5], welcher gegen=

---

[2] Processualische Einreden sind im Urkundenprocesse selbst zu erledigen, weil sie nach allgemeinen Grundsätzen nicht zum Beweise ausgesetzt werden können. Vergl. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. IX, 10. p. 270.

[3] Siehe oben §. 20.

[4] Indeß braucht sich der Cessionar auf eine Widerklage, welche auf einem persönlichen Anspruche des Schuldners an den Cedenten beruht, nicht einzulassen. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 475.

[5] Sachsenspiegel I. Art. 61 und II. Art. 12. Landesordnung v. 1. October 1555 Tit. „Ueber versatzte Brief und Siegel" C. A. I. p. 43 fg. Const. Elect. 7. P. I. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Alte und Erl. Pr.=O. VI. Wernher Obs. For. P. IV. Obs. 1., P. I. Obs. 227 und 240. Berger Oec. Jur. IV, 21. Leyser Med. ad Pand. Sp. 123. Teller Diss. de litiscontestatione veteri et hodierna, Lips. 1759. Cleemann Diss. de mutuis petitionibus, Lips. 1770. Biener Syst. §. 311 fg. Kori Executivproceß II. p. 91 fg. Jerusalem Diss. de reconventione, Lips. 1837. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis III, 36. p. 199 fg. Volkmann l. l. §. 252. p. 212 fg. Ueber das gemeine Recht s. vorzüglich v. Gönner Handbuch I, 25. §. 9. Glück Commentar III. §. 204. p. 223 fg. Hennings die Zulässigkeit der Widerklage und Vorstandsforderung, insonderheit im Executivprocesse, Hamburg 1806. Oesterley über die Caution für die Widerklage, Göttingen 1806. Goldschmidt Abhandlungen III. p. 20 fg. Heffter im Archiv für die civilist. Praxis X, 9. p. 201 fg. Lauk daselbst XII, 5. p. 65 fg. v. Linde in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß XVI, 3. p. 114. Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten §. 44. p. 351 fg. Sartorius Lehre von der Widerklage nach dem gemeinen teutschen Civilprocesse, Erlangen 1838. v. Savigny System des Römischen Rechts VI. §. 289 fg. p. 330 fg. Heffter System §. 142 fg. p. 163 fg. v. Bayer Vorträge p. 638 fg. Schmid Handbuch §. 102. p. 66 fg. Mein Lehrbuch §. 81. p. 171 fg. u. §. 198. Der curator litis darf zur Widerklage nicht verwiesen werden. Vielmehr wird auf den Beweis seiner Einwendungen erkannt und über dieselben gleichzeitig, wenn auch in abgesonderten Acten verhandelt. Erl. Pr.=O. XLI, 4. Berger El. Proc. Execut. §. 40. Kori Executivproceß §. 8. p. 103. Vom curator bonorum gilt dieß nicht. Hommel Rhaps. Obs. 711. Kori Concursproceß §. 79. Derselbe Executivproceß l. l. p. 104. Biener l. l. §. 311. Das Recht, Widerklage zu erheben, oder eine bereits erhobene fortzustellen, erlischt, sobald der Vorkläger seines Rechts, im Urkundenprocesse Befriedigung zu fordern, gänzlich verlustig geworden ist. Daher befreit die Verzichtleistung auf den Proceß über die Hauptklage den Vorkläger von der Widerklage nicht, — Berger El. Proc. Execut. l. l. Hommel l. l. Obs. 528. Biener l. l. §. 311. not. 1. Spangenberg in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß VI, 6 sub 4. p. 249 fg. — wohl aber die Verzichtleistung auf den Anspruch selbst. Ebenso geht die Widerklage durch das Ausbleiben des Vorklägers in dem in der Convention anberaumten Verhörstermine keineswegs, wohl aber dadurch verloren, daß der Vorkläger, weil er in dem auf seinen Antrag anberaumten anderweiten Verhörstermine abermals ausblieb, seines Rechts, Befriedigung im Executivprocesse zu fordern, rechtskräftig für verlustig erklärt worden ist, da man dem Vorbeklagten, wenn der Vorkläger im ersten Verhörstermine ausblieb, nicht zumuthen kann, mit Anstellung oder Fort-

über sodann die Urkundenklage, welche dazu Veranlassung gab, als Vorklage, Hauptklage, conventio, bezeichnet wird. Je nachdem in der Widerklage der Ungrund der Vorklage an sich gezeigt, oder ein materieller Gegenangriff ausgeführt werden soll, unterscheidet man zwischen directer und indirecter Widerklage, reconventio directa et indirecta[6]. Die Erstere hat wieder entweder den Zweck, die Urkunden zu entkräften, worauf die Vorklage gestützt ist, oder zu zeigen, daß dem Kläger das in der Vorklage geltend gemachte Recht selbst von Anfang an nicht zugestanden habe. Die Letztere dagegen betrifft entweder eine peremtorische oder eine sogenannte gemischte[7] Ausflucht oder Duplik, und ist es hierbei gleichgültig, ob sich der Widerkläger dieser Ausflucht oder Duplik in der Vorklagsache bereits bedient hatte, oder nicht[8]. Indeß ist die Widerklage zu Ausführung nichtconnexer Ausflüchte oder Dupliken nicht zulässig, da dieselben in Form besonderer Klagen geltend gemacht werden müssen[9].

---

stellung seiner Widerklage so lange zu warten, bis der Vorkläger um Anberaumung eines anderweiten Verhörstermins gebeten hat. A. M. ist Kori l. l. II. §. 8. Auch die Circumducirung des Verhörstermins in der Vorklage hat den Verlust der Widerklage nicht zur Folge. Dagegen erlischt dieselbe, sobald der Vorbeklagte den Diffessionseid geleistet hat, es müßte denn dieser Diffessionseid vor der Rechtskraft des Erkenntnisses abgenommen worden sein, wo dann der Verlust erst mit der Rechtskraft des auf den geleisteten Diffessionseid gestützten Erkenntnisses eintritt. Theilweise a. M. sind Biener l. l. §. 311 not. 1 u. Kori l. l. II. §. 8. Wird die Vorklage wegen Verdachts einer Fälschung sistirt, so hat dieß auch die Sistirung der Widerklage zur Folge. Nach Ansicht des Appell.-Gerichts zu Dresden 1845 gilt dieß nur von der directen Widerklage. Hat der Schuldner, ohne daß die Convention gegen ihn angestellt worden, die auf der zu Begründung der Letzteren geeigneten Urkunde beruhende Forderung bezahlt, sich aber dabei die Reconvention vorbehalten, so ist er zu deren Anstellung berechtigt, obwohl eine Convention unmöglich geworden ist.

[6] Höpfner l. l. p. 199. Diese Unterscheidung wird durch die Eintheilung des Gegenbeweises in den directen und indirecten gerechtfertigt. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 245.

[7] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 230 bei not. 3. Von der Exception der Gestundung s. die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XII. p. 277 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts.

[8] Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 367 fg. Zahlung des Judicatum in der Vorklagsache ohne Vorbehalt der Widerklage macht dieser Letzteren nicht verlustig. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 50. p. 211. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung l. l. Sind die Ausflüchte oder Dupliken zwar liquid gemacht und im Erkenntnisse berücksichtigt, aber wegen innerer Unstatthaftigkeit verworfen worden, so eignen sie sich zur Anstellung der Widerklage nicht. Weber Beiträge zur Lehre von Kl. u. Einr. I, 6. v. Bayer Summ. Pr. §. 47 not. 11.

[9] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 231. Dieß kann aber nicht in foro reconventionis, muß vielmehr bei dem ordentlichen Gerichts-

Nur die Ausflucht der Compensation macht hiervon eine Ausnahme, indem die Ausführung derselben in der Widerklage nach der Praxis auch dann gestattet ist, wenn der Grund des behaupteten Compensationsanspruchs mit dem Grunde der Hauptklage nicht zusammenhängt, und also diese Ausflucht den connexen Ausflüchten ausnahmsweise gleichgestellt ist[10]. Dagegen muß durch die Widerklage, wenn sie diesen Namen mit Recht führen soll, in allen Fällen die Vorklage aufgehoben oder beschränkt werden[11]. Die Widerklage kann in Sachsen eben sowohl während des Laufs der Vorklage, als vor oder nach derselben angestellt werden und darnach unterscheidet man zwischen gleichzeitiger, anticipirter und successiver Widerklage[12]. Indeß ist die Anstellung der Letzteren an eine auf Antrag des Vorklägers vom Richter festzusetzende präclusive Frist gebunden, sobald der

---

stande des Klägers im Urkundenprocesse geschehen. Const. Elect. 7. P. I. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Alte Pr.-O. VI, 1. Erl. Pr.-O. VI, 2. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 237. Berger Oec. Jur. IV, 21. p. 771. Biener Syst. §. 311.

[10] Alte Pr.-O. XXXIX, 3. Erl. Pr.-O. XXXIX, 6. vgl. mit Const. Elect. 8. P. I. v. 21. Apr. 1572. C. A. I. p. 73 fg. Dieß läßt sich deßhalb rechtfertigen, weil nach der Const. Elect. laud. die Compensation als Zahlung angesehen werden soll. Vergl. Biener l. l. §. 247 not. 2. So hat auch das Ober-Appell.-Gericht sich ausgesprochen und dabei bemerkt, der Grund hiervon sei darin zu finden, daß der Beklagte durch den Beweis dieser Ausflucht, abgesehen von der Strenge des Executivprocesses, die Verurtheilung selbst nach Befinden hätte abwenden können. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1843. III, 2. p. 7. Nothwendig wird jedoch hierbei vorausgesetzt, daß der Widerkläger die Ausflucht der Compensation im Hauptprocesse wirklich vorgeschützt habe. Uebrigens kann der Widerbeklagte, abgesehen von den Kosten der Vorklagsache, welche hier als Theil der Hauptforderung anzusehen sind, nicht in mehr verurtheilt werden, als er in der Vorklage forderte. S. unten §. 30 bei not. 16. Die Ausflucht des Spolium kann in der Widerklage nicht geltend gemacht werden. Biener l. l. not. 6. Kori l. l. §. 6. p. 99.

[11] Const. Elect. 7. laud. Alte Pr.-O. VI, 1. Erl. Pr.-O. VI, 2. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis III, 36. p. 203. Daher steht auch in dem Falle, wenn der Kläger mit der Vorklage in allen Punkten abgewiesen wurde, dem Beklagten keine Widerklage zu. Vergl. hierzu noch oben not. 5 am Ende.

[12] Erl. Pr.-O. VI, 1. Hommel Rhaps. Obs. 51. Kori Executivproceß §. 17. p. 38 fg. Höpfner l. l. p. 206. Die anticipirte Widerklage muß ebenfalls mit der künftigen Hauptklage connexe Ausflüchte oder sonstige Einwendungen betreffen, darf aber nicht bloß in einer Provocation bestehen. Erl. Pr.-O. VI, 1. Kori l. l. Auch über die gleichzeitige Widerklage müssen abgesonderte Acten angelegt werden. Vergl. unten §. 30 bei not. 5. Die exceptio rei judicatae oder litis pendentis steht der Widerklage niemals entgegen. Biener l. l. §. 311 und oben §. 20 bei not. 12. Daher kann auch der künftige Beklagte durch Anticipirung der Widerklage die Anstellung der Hauptklage nicht verhindern. Berger El. Proc. Execut. §. 46. Oec. Jur. IV, 21. p. 772.

Vorbeklagte den Gegenstand der Vorklage in Fällen, wo dieß zulässig, gerichtlich deponirt, oder der Vorkläger, um dieß zu vermeiden, deßhalb Sicherheit bestellt hat. Diese Frist ist in Sachsen eine Sächsische[13], kann aber auf Antrag des Vorbeklagten aus erheblichen Gründen verlängert werden[14]. Zu Festsetzung derselben bedarf es keines rechtlichen Erkenntnisses[15]. Hat der Vorbeklagte die ihm zu Anstellung der Widerklage vorgeschriebene präclusive Frist ungenutzt verstreichen lassen, so geht er der Widerklage verlustig und es wird demselben sofort Stillschweigen auferlegt[16]. Auch wird dem Vorkläger in solchem Falle der deponirte Gegenstand der Vorklage vom Richter ausgeliefert, oder die nach Befinden geleistete Caution zurückgegeben. Ist die anticipirte oder gleichzeitige Widerklage vor der Vorklage durch Vergleich oder rechtskräftiges Erkenntniß zu Gunsten des Widerklägers beendigt, so muß in der Vorklagsache insoweit zum Nachtheil des Vorklägers entschieden werden, als der Gegenstand der Widerklage in Gemäßheit des Vergleichs oder rechtskräftigen Erkenntnisses sich erstreckt. Gelangt dagegen, wie gewöhnlich, die Vorklage früher zur Erledigung, als die Widerklage, so muß der Widerkläger den Gegenstand der Vorklage zuvörderst leisten oder gerichtlich deponiren[17], bevor der Widerbeklagte verpflichtet ist, auf die Widerklage sich einzulassen, oder den Proceß über dieselbe fortzusetzen[18], es müßte denn der Widerkläger das Armenrecht erlangt haben[19].

---

[13] Erl. Pr.-O. VI, 2. Berger Oec. Jur. l. l. Kori l. l. §. 11. p. 111.

[14] Rivinus Enunc. VI, 17 u. 18. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 238. Biener l. l. §. 312.

[15] Erl. Pr.-O. l. l.

[16] Kori l. l. §. 11. p. 112, welcher dieß fälschlich davon abhängig macht, daß sich der Beklagte des Anspruchs dennoch rühmt. Davon steht in der angez. Gesetzstelle nichts.

[17] Wegen der dem Vorkläger statt der Deposition gestatteten Sicherheitsleistung s. oben §. 20 bei not. 26.

[18] Erl. Pr.-O. VI, 1. Vergl. Landes-Ordnung v. 1. Octbr. 1555 Tit. „Ueber versatzte Brief und Siegel". C. A. I. p. 43 fg. Const. Elect. 7. laud. Alte Pr.-O. VI, 1 u. 2 und oben §. 20. Dieß gilt auch von Bagatellwiderklagen. S. oben §. 20 not. 26 und über die Frage, ob der Widerkläger in der Reconvention sich ausdrücklich darauf beziehen müsse, daß er den Widerbeklagten befriedigt habe, oben §. 20 not. 18.

[19] Rescript v. 22. März 1738. C. C. A. I. p. 309, auch in der Oberlausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824 §. 18 sub 13. Berger Oec. Jur. IV, 21. Vergl. oben §. 20 am Ende.

§. 30.

Fortsetzung. Vom Verfahren über die Widerklage.

Die Widerklage wird in Form des ordentlichen Processes verhandelt, es müßte denn aus anderen Gründen eine summarische Verfahrungsart Anwendung leiden[1]. Dieselbe darf aber nach der richtigeren Ansicht keine Urkundenklage sein, wenn auch der Widerkläger den Grund seiner Widerklage durch Urkunden sofort liquid zu machen im Stande ist, derselbe aber in der Vorklagsache von den zum Beweise seiner Einwendungen geeigneten Urkunden keinen Gebrauch machen konnte, oder doch keinen Gebrauch gemacht hat[2]. Eine abermalige Widerklage des Widerbeklagten, worin er die Replik in der Vorklage ausführt, ist also in keinem Falle zulässig — reconventio reconventionis non datur[3]. Die

---

[1] Namentlich ist dieß dann der Fall, wenn der Gegenstand der Widerklage ein geringfügiger oder ganz geringer ist. Mandat v. 28. November 1753 §. 5. C. C. A. I. p. 383 fg. Gesetz v. 16. Mai 1839. Biener Syst. §. 313. Haubold geringfügige Rechtssachen §. 31. Vergl. unten §. 74.

[2] S. oben §. 20 bei not. 6.

[3] Biener l. l. §. 313. Kori Executivproceß §. 9. p. 94. 97 vergl. mit p. 106. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis III, 36. p. 203 und das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1844 IV, 32. p. 95 mitgetheilte Erkenntniß des Dresdner Bezirks-Appell.-Gerichts. A. M. ist Leyser Med. ad Pand. Sp. 123. Coroll. 3 und mit ihm das Ober-Appell.-Gericht, indem es nach Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 50. p. 213 fg., 1855 III, 25. p. 103 fg. und Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 369 fg. 477 fg. wiederholt die Anstellung der Widerklage in urkundenmäßiger Form zugelassen hat. Dem steht aber nicht blos der Grundsatz „reconventio reconventionis non datur", sondern auch die Erwägung entgegen, daß die Widerklage die definitive Erledigung des Streitverhältnisses bezweckt, — s. oben §. 20. — nun aber diese bei executivischer Form nicht möglich ist, mithin die Gestattung urkundenmäßiger Widerklage möglicherweise zu einer endlosen Reihe von Processen führen würde, in deren keinem zur definitiven Entscheidung zu gelangen wäre. Auch hat der Widerkläger auf die Vergünstigungen des Executivprocesses schon aus dem Grunde kein Recht, weil die Documente, auf welche er seine Widerklage stützt — abgesehen von dem Falle, wo es sich um Ausführung der exceptio compensationis handelt — keine Verpflichtung des Widerbeklagten enthalten, also nach dem §. 23 Gesagten keine documenta guarentigiata sind, überhaupt aber kein Gesetz eine solche Ausdehnung des Executivprocesses gestattet und Ausnahmebestimmungen nicht ausgedehnt werden dürfen. Auf den Grundsatz der Gleichheit der Parteienrechte kann man sich zu Rechtfertigung der entgegengesetzten Meinung nicht beziehen, da die Parteienrechte im Urkundenprocesse überhaupt nicht gleich sind. Unter solchen Umständen kann eine in Form des Urkundenprocesses angestellte Widerklage nur als ordentliche Widerklage aufrecht erhalten werden. Hat mithin der Widerkläger diese seine Widerklage nicht in der Maße abgefaßt, daß dieselbe als ordentliche Klage aufrecht erhalten werden kann, so muß er abgewiesen werden, wenn auch die Klage als Urkundenklage genügt haben würde. Vergl. noch Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1854 N. F. II. p. 210.

Widerklage muß wegen des Zusammenhangs derselben mit der Vorklage vor dem Gericht angestellt werden, bei welchem diese Letztere anhängig war[4]. Ueber dieselbe müssen abgesonderte Acten angelegt[5], auch von den Sachwaltern der Parteien neue Vollmachten beigebracht werden[6]. Die Parteien werden als Widerkläger und Widerbeklagter aufgeführt. Einwendungen gegen die äußere Form der in der Vorklage bereits producirten Urkunden sind in der Widerklage ausgeschlossen[7]. Dagegen kann über den Inhalt dieser Urkunden allerdings gestritten werden, es müßte denn der Gegner des Producenten dieselben ihrem Inhalte nach ausdrücklich anerkannt haben[8].

---

[4] Berger Oec. Jur. IV, 21 not. 1. Biener l. l. §. 311 vergl. mit §. 312 not. 11. §. 313. Obs. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 144 bei not. 9. Nur bei der im Hauptprocesse bereits vorgeschützten exceptio compensationis hat in Sachsen der Beklagte die Wahl, ob er dieselbe in Form einer Widerklage in foro reconventionis oder in Form selbständiger Klage im Gerichtsstande des Vorklägers ausführen will. S. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 50. p. 210 u. oben §. 29 bei not. 10. Die anticipirte Widerklage muß nach diesem Grundsatze bei demjenigen Gerichte erhoben werden, welches für die zukünftige Hauptklage zuständig ist. Hommel Rhaps. Obs. 51. Als forum necessarie prorogatum ist das forum reconventionis nicht zu betrachten. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 132 not. 4.

[5] Erl. Pr.-O. VI, 1. Biener l. l. §. 312. Kori Executivproceß §. 10. p. 107.

[6] Kind Quaest. For. III, 7. Biener l. l. §. 37 not. 7. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 183 not. 3. Doch genügt die Beibringung vidimirter Abschriften der Vollmachten in der Vorklagsache, wenn in denselben zur Widerklage ausdrücklich Auftrag ertheilt war. Dieß muß auch dann angenommen werden, wenn die Vollmachten in der Vorklagsache keine gerichtlichen waren. Der von Volkmann l. l. §. 252 not. q. p. 217 dagegen erhobene Einwand, daß vidimirte Abschriften von Privaturkunden keine Beweiskraft haben, beweist zu viel und paßt hierher gar nicht, da Recognition von Privatvollmachten bekanntlich nicht erfordert wird und der Richter, welcher in der Convention und in der Reconvention zugleich competent ist, die für die Reconvention eingereichte Abschrift der in den Conventionsacten befindlichen Privatvollmacht selbst vidimiren kann, in solchem Falle aber die vidimirte Abschrift gleichen Glauben verdienen muß, wie das in den Conventionsacten befindliche Original, gegen dessen Aechtheit kein Zweifel vorliegt. Legitimatio fit judici. Nach der richtigeren Ansicht genügt die in der Vorklagsache vom Vorkläger ausgestellte Vollmacht sogar dann, wenn der Bevollmächtigte darin zu Vertretung des Klägers als Widerbeklagten keinen ausdrücklichen Auftrag erhalten hatte. Leyser Med. ad Pand. Sp. 123. med 4. Kori l. l. §. 12 not. 66. p. 112. Vergl. auch Hommel Rhaps. Obs. 180. Kind l. l. und die dort mitgetheilten Präjudizien.

[7] Kori l. l. II. §. 13. p. 113. A. M. ist Volkmann l. l. §. 252 not. r. p. 218.

[8] Die Urkunden, deren sich die Parteien in der Vorklagsache bedienten, müssen hier von Neuem producirt werden. Rivinus Enunc. VI, 20. Biener l. l. §. 313. Ueber die Wirkung des Geständnisses des Widerbeklagten, daß die in dem der Convention zu Grunde gelegten Documente angegebene causa de-

Der Widerkläger muß der Unkosten halber caviren[9]. In Betreff der Beweismittel findet in der Widerklagsache keine Beschränkung Statt[10]. Namentlich ist beiden Parteien in der Regel der Eidesantrag, dem Widerkläger jedoch hinsichtlich der in der Widerklagschrift aufgenommenen thatsächlichen Behauptungen nur dann gestattet, wenn er sich desselben in der Klagschrift bedient hat[11]. Auch darf der Eid natürlich mit einem in der Vorklagsache geleisteten Eide[12] oder voll geführten Beweise nicht collidiren[13]. Die Diffessio quoad contenta ist zuläßig[14]. Im Enderkenntnisse wird entweder der Widerkläger abgewiesen, oder der Widerbeklagte von der erhobenen Widerklage entbunden und losgezählt, oder auch der Widerkläger von dem Anspruche in der Vorklage losgesprochen und der Widerbeklagte zu Zurückgabe des empfangenen Gegenstands der Vorklage verurtheilt[14b]. Verurtheilung des Widerbeklagten in mehr, als der Vorbeklagte zu leisten hatte, ist nicht zuläßig[15]. Indeß hat der besiegte Wider-

---

bendi unrichtig sei, wodurch die Beweislast, wenn er nichtsdestoweniger die Verpflichtung des Widerklägers behauptet, auf ihn übertragen wird, s. die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 186 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts.

[9] Wernher Obs. For. P. X. Obs. 445. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 220.

[10] Denn hier gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes. Biener l. l.

[11] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 217.

[12] Dieß kann in der Regel nur ein Diffessionseid sein. Im gemischten Executivprocesse können auch freiwillige oder Notheide vorkommen. S. unten §. 33.

[13] Dieß ist eben allgemeine Regel. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 258 bei not. 18.

[14] v. Langenn und Kori Erörter. pract. Rechtsfr. I, 18. p. 160 fg. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 476. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851 XI, 58. p. 238 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. VI, 791. p. 101 fg.

[14b] Vergl. Biener l. l. §. 313. Kori l. l. §. 14. p. 115. Dieß bezieht sich auf Hauptschuld, Zinsen und Kosten. Nach der richtigeren Ansicht kann in solchem Falle der Widerkläger sogar Verzugszinsen von den in Folge der Vorklage gezahlten Zinsen und zwar vom Tage der Zahlung an fordern. So hat das Bezirks-Appell.-Gericht zu Dresden 1840 und 1846 sich ausgesprochen.

[15] Bei der auf einem ganz anderen Fundamente beruhenden gemeinrechtlichen Widerklage ist dieß gestattet. Const. 14. Cod. de sentent. et interloc. VII, 45. Mit Unrecht will Biener l. l. §. 311 not. 8 diese Gesetzstelle auch in Sachsen angewendet wissen. Vergl. Rivinus l. l. VI, 6 u. 7. Kori l. l. §. 6. p. 99. v. Langenn u. Kori Erörter. pract. Rechtsfr. l. l. p. 163. Volkmann l. l. §. 252. p. 215.

beklagte dem Widerkläger auch die Kosten der Vorklagsache zu erstatten[16]. Hatte der Beklagte in der Vorklagsache die sogenannte exceptio non numeratae pecuniae vorgeschützt, der Vorkläger aber dieses Anführen geläugnet und ist dem Vorbeklagten der Beweis dieser seiner Behauptung in der Widerklagsache gelungen, so wird der Widerbeklagte um den vierten Theil des libellirten Betrags gestraft und diese Strafe neben der Verurtheilung im Erkenntniß ausgesprochen, er könnte denn eidlich versichern, daß er zu der Zeit, da er die vorgeschützte exceptio non numeratae pecuniae geläugnet, es anders nicht gewußt habe, in welchem Falle er zwar mit der Strafe zu verschonen, jedoch nichtsdestoweniger zu Erstattung der Unkosten anzuhalten ist[17]. Die Widerklage verjährt in 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen[18], es müßte denn der Vorbeklagte auf Antrag des Vorklägers zu Anstellung derselben innerhalb präclusiver Frist vom Richter aufgefordert[19], oder, wo dieß unthunlich, vom Vorkläger zu Anstellung der Widerklage mit Erfolg provocirt worden sein[20].

---

[16] Hommel Rhaps. Obs. 466. Biener l. l. §. 313. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 199 bei not. 18. Dieser Kostenanspruch gehört hier zur Hauptforderung und muß ausdrücklich geltend gemacht sein. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII. p. 13. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 541. p. 85 fg.

[17] Erl. Pr.=O. Anhang §. 8 vergl. mit §. 4 u. 7 daselbst.

[18] Rivinus l. l. VI, 19. Biener l. l. §. 313.

[19] Vergl. oben §. 29 bei not. 13.

[20] Biener l. l. §. 313.

Viertes Capitel.
Vom Executivprocesse.

§. 31.
Vom Executivprocesse im Allgemeinen.

Sobald die Urkunden, auf welche der Kläger in einem Urkundenprocesse sich stützt, sämmtlich oder doch zum Theil Privaturkunden sind, welche der Recognition bedürfen, so ist nicht der Executionsproceß, sondern nur der Executivproceß zulässig[1]. In diesem Processe bedarf es einer Verurtheilung des Beklagten, bevor mit der Hülfsvollstreckung gegen denselben verfahren werden kann, während im Executionsprocesse eine solche vorhergegangene Verurtheilung in der Regel nicht erfordert wird.

§. 32.
Vom gemischten Executivprocesse.

Die Urkunden, auf welche der Kläger im Executivprocesse sich stützt, müssen documenta guarentigiata[1] sein, und gelten daher von ihnen die oben §. 22 fg. angegebenen Grundsätze. Indeß hat das Sächsische Recht die Zulässigkeit des Executivprocesses[2] auf mehrere Fälle ausgedehnt, in welchen der Kläger einzelne zu Begründung der Klage wesentlich gehörige und des Beweises wirklich bedürftige thatsächliche Behauptungen durch Urkunden sofort liquid zu machen nicht im Stande ist, und für den Fall, daß der Beklagte die Wahrheit dieser Behauptungen läugnet, dem Kläger[3] die Beweisführung derselben durch andere Beweismittel in Form des ordentlichen Processes gestattet. Weil demnach in solchen Ausnahmsfällen die Form des ordentlichen Processes mit der des Executivprocesses verbunden wird, bezeich-

---

[1] S. oben §. 18.

[1] S. oben §. 22.

[2] Vom Executionsprocesse gilt dieß nicht. Wenn daher der Kläger alle Punkte seiner Klage bis auf eine der angegebenen thatsächlichen Behauptungen, welche ausnahmsweise auf Eid oder Zeugen gestellt werden können, durch öffentliche Urkunden sofort liquid zu machen im Stande ist, so kann er dennoch nur im Wege des Executivprocesses, nicht des Executionsprocesses seinen Anspruch geltend machen.

[3] Aber auch nur dem Kläger. Der Beweis der Ausflüchte kann dem Beklagten niemals auferlegt werden. S. unten §. 33 am Ende.

net man diese Fälle mit dem Namen des gemischten, außerordentlichen oder uneigentlichen Executivprocesses. Zu diesen Ausnahmen von der Regel, welche nach allgemeinen Grundsätzen auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden dürfen, gehört nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung[4] a) der Fall, wenn aus einem zweiseitigen[5] Vertrage geklagt wird, und nur die Behauptung des Klägers, daß er seinerseits den Vertrag erfüllt habe[6], durch Urkunden nicht sofort liquid ge-

---

[4] Erl. Pr.-O. Anhang §. 4 u. 7.

[5] Bei einseitigen Verträgen bedarf es natürlich weder der Behauptung noch des Beweises, daß der Kläger den bei Gelegenheit solcher Verträge für ihn entstandenen Nebenverbindlichkeiten nachgekommen sei. Berger El. Proc. Execut. §. 31. Kori Executivproceß §. 15. Vergl. auch unten not. 7.

[6] Diese Behauptung hält Kritz Sammlung von Rechtsfällen II, 3 mit vielen Anderen — vergl. namentlich auch Heerwart im Archiv für die civilist. Praxis VII, 18. p. 335 fg., XIV, 9. p. 206 fg., XVIII, 15. p. 387 fg. — für unnütz, vielmehr das Anführen des Beklagten, der Kläger habe den Vertrag seinerseits nicht erfüllt, für eine wirkliche Ausflucht und die dem entgegenstehende Behauptung des Klägers, er habe die vom Beklagten hervorgehobenen Punkte erfüllt, für eine Replik. Dieß läßt sich aber keineswegs rechtfertigen, denn die Gewährung der Staatshülfe, um welche der Kläger bittet, also das Eingehen auf das Sachgesuch desselben, ist natürlich in allen Fällen von der Voraussetzung abhängig, daß der Richter dazu nicht blos aufgefordert worden ist, sondern daß ihm auch der Kläger diejenigen Unterlagen herbeigeschafft hat, deren es bedarf, um erkennen zu können, daß der Rechtszustand gestört sei, daß es also zu Wiederherstellung des gestörten Rechtszustands des Einschreitens der Staatsgewalt wirklich bedürfe, damit nicht dieses Einschreiten selbst den Charakter einer Störung des Rechtszustands annehme. Die Gewißheit einer solchen Störung tritt aber nicht eher ein, als bis feststeht, daß das Recht, um welches es sich im concreten Falle handelt, nicht nur 1. überhaupt entstanden, sondern auch 2. ein gegenwärtiges oder fälliges sei, also zur Ausübung sich bereits eigene. Weil aber der Richter bei der bloßen Ausübung der Rechte in der Regel nicht concurrirt, seine Thätigkeit vielmehr auf den Fall sich beschränkt, wenn Jemand in Ausübung seines Rechts gehindert wird, also zur Verfolgung des Rechts sich genöthigt sieht, so ist auch 3. unumgänglich nöthig, daß das vom Kläger behauptete Recht ein verletztes, also die Störung dieses Rechts gewiß geworden ist. Demnach zerfällt der Klaggrund im weiteren Sinne, d. i. der Inbegriff aller derjenigen Behauptungen, wodurch der Kläger die Anrufung der Staatshülfe zu rechtfertigen sucht, in diejenigen Behauptungen des Klägers, mittelst deren derselbe die Entstehung und Ausübbarkeit des Rechts und in diejenigen, mittelst deren er die stattgefundene Störung des Rechts zu begründen sucht, und kann man daher im Klaggrunde in dem angegebenen weiteren Sinne füglich zwischen der Darlegung der Existenz des Rechts — Klaggrund im engeren Sinne — und der Darlegung der Nothwendigkeit der Verfolgung desselben — Angabe der erfolgten Rechtsverletzung — unterscheiden. Beide zu Rechtfertigung des erbetenen richterlichen Einschreitens erforderlichen Unterlagen sind also gleich wesentlich. Aus diesem Grunde führen auch Danz Theorie §. 70. v. Linde Lehrbuch §. 152. Borst über die Beweislast §. 79. p. 101. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer p. 193 diese Angabe der erfolgten Rechtsverletzung unter den Erfordernissen des Klagvorbringens auf. Vergl. auch Treitschke im Archiv für die civil. Praxis XXII, 11 u. 16. p. 278 fg. u. 422 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 211 u. meine Abhandlung

macht werden kann [7], sowie b) der Fall, wenn aus einem

---

in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. N. F. VII, 2. p. 7 fg. Entsteht nun die Verbindlichkeit der Contrahenten bei zweiseitigen Consensualverträgen durch den bloßen Consens, so genügt es zu Begründung der Existenz des dem Kläger aus einem solchen Vertrage zustehenden Rechts, wenn derselbe den Contractsabschluß, also die Interponirung des Consenses erzählt und daraus unter ausdrücklicher oder stillschweigender Berufung auf einen geeigneten Rechtsgrundsatz den Schluß zieht, daß der Beklagte mithin zu der ihm nach dem Contracte obliegenden Leistung verpflichtet worden sei. Dabei bedarf es natürlich wesentlich auch der Angabe der näheren Modalität des Vertrags und namentlich auch der Erwähnung derjenigen Vertragsbestimmungen, aus denen für den Kläger eine Verpflichtung, für den Beklagten ein dieser Verpflichtung correlates Recht entstanden ist. Der Kläger kann also die Existenz seines Rechts nicht begründen, ohne zugleich die Existenz seiner Verpflichtung darzulegen. Beide gegenseitigen Verbindlichkeiten sind mithin unzertrennlich. Treitschke l. l. XXII, 11. p. 287. Allein die Verfolgung des Rechts wird, wenigstens in solchen Fällen, wo Zug um Zug geleistet werden muß, durch die Behauptung des Contractabschlusses und Angabe der näheren Modalität des Contracts keineswegs hinreichend gerechtfertigt. Denn dazu bedarf es nothwendig der Behauptung, daß Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt habe, falls er sich nicht wenigstens zur Erfüllung erbietet — vergl. fr. 13. §. 8. Dig. de act. emti et vend. XIX, 1. Fr. 34. §. 3. Dig. de contr. emt. XVIII, 1. Const. 21. Cod. de pactis II, 3 in fine — wie dieß nach der Praxis der Sächsischen Gerichte unzweifelhaft ist u. in der Erl. Pr.-O. Anhang §. 4, wenn man den Sinn derselben nicht gewaltsam verdreht, seine vollkommene Bestätigung findet. A. M. ist Kritz Sammlung von Rechtsfällen II, 3. p. 49. Die Weglassung dieser Behauptung hat daher die Abweisung des Klägers im Executivprocesse sowohl, als außerhalb desselben in der Regel unausbleiblich zur Folge, obschon die Erklärung, daß Kläger zur Erfüllung bereit sei, keines Beweises bedarf und nach Befinden sogar aus dem Petitum supplirt werden kann. Vergl. Treitschke l. l. Stellt nun der Beklagte die Behauptung des Klägers, daß er seinerseits den Vertrag erfüllt habe, in Abrede, so schützt er keine Exception vor. Vielmehr ist ein solches Anführen als Läugnen eines zur Rechtfertigung der Klaganstellung nothwendig erforderlichen Thatumstands anzusehen, worüber der Beklagte sich jedenfalls in gleicher Weise zu erklären hat, wie über die zu Begründung der Existenz des geltend gemachten Rechts erforderlichen thatsächlichen Behauptungen des Klägers. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 229 und not. 7 daselbst u. meine Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. VII, 2. p. 7 fg. Hält man diese Sätze fest, so wird sich die Frage, in welchen Fällen von einer wirklichen exceptio non adimpleti contractus die Rede sein könne, leicht beantworten lassen. Wie bereits gesagt, gehört die Behauptung, daß der Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt habe, in der Regel wesentlich zur Begründung der Klage. Einer näheren Specialisirung dieser Behauptung in der Klagschrift selbst bedarf es aber deßhalb nicht, weil dazu im ordentlichen Processe die in der Klage nothwendig enthaltene specielle Beschreibung des abgeschlossenen zweiseitigen Contracts, im Executivprocesse der Inhalt der der Klagschrift beigelegten Contractsurkunden genügt, auf welche der Kläger seine Klage stützt, und welche integrirende Theile der Klagschrift sind. Dagegen liegt es dem Beklagten ob, sich bestimmt und deutlich zu erklären, ob er die Erfüllung des Vertrags von Seiten des Klägers überhaupt läugne, also behaupte, daß Kläger keine der vertragsmäßigen Verpflichtungen erfüllt habe, oder ob er nur deren genügende und vollständige Erfüllung in Abrede stelle. Im ersteren Falle, welchen man fälschlich als exceptio non adimpleti contractus bezeichnet, hat der Kläger die seinerseits erfolgte Erfüllung zu beweisen. Im letzteren ist es Sache des Beklagten, diejenigen Punkte einzeln hervorzuheben, in welchen der Kläger seinen Verpflichtungen nicht nachge-

bedingten[8] Versprechen geklagt wird und nur die Behauptung,

---

kommen sein soll — vergl. Wernher Obs. For. P. VII. Obs. 37. Koril. l. §. 18. p. 42. §. 25. p. 57. Treitschke l. l. XXII, 16. p. 432 fg. meine angez. Abhandlung p. 26 fg. — Denn ebenso speciell, als der Inhalt der Klage, muß hier, wo auch im Executivprocesse die Regeln des ordentlichen Processes einschlagen, die Erklärung des Beklagten, also die Einlassung auf die Klage sein. Läugnet mithin der Beklagte, obwohl er zugeben muß, daß der Kläger seinen Contractsverbindlichkeiten zum Theil nachgekommen sei, die generelle, aber durch die der Klagschrift beigelegte Contractsurkunde hinreichend specialisirte Behauptung des Klägers, daß der Contract von seiner Seite erfüllt sei, ohne nähere Bezeichnung derjenigen Verpflichtungen, welche der Kläger unerfüllt gelassen haben soll, so entspricht dieses generelle Läugnen den Anforderungen einer speciellen Einlassung im ordentlichen Processe nicht und muß daher derselbe desjenigen Passus in der Klagschrift, wo die Contractserfüllung behauptet wurde, für geständig und überführt erachtet werden. Hebt dagegen der Beklagte den einen oder den anderen derjenigen Punkte, in welchen der Kläger nach Ausweis der Klagschrift und der der Klage beigelegten Urkunden seinerseits den Contract zu erfüllen hatte, unter der Behauptung speciell hervor, daß der Kläger in dieser Hinsicht den zweiseitigen Contract nicht erfüllt habe, ein Fall, welchen man als exceptio non rite adimpleti contractus bezeichnet, so läugnet er in dieser Beziehung den Klaggrund, während er stillschweigend einräumt, daß der Kläger seinen übrigen contractlichen Obliegenheiten allenthalben nachgekommen sei. Dann kommt Alles darauf an, ob die vom Kläger nach der Behauptung des Beklagten unerfüllt gelassene Contractsverbindlichkeit eine solche ist, deren Nichterfüllung den Beklagten nach den Grundsätzen des materiellen Rechts berechtigt, auch seinerseits die Erfüllung des Vertrags gänzlich oder theilweise zu verweigern oder nicht. Im ersteren Falle ist es natürlich Sache des Klägers, den Grund seiner Klage insoweit zu beweisen, und ist daher auch die Behauptung des Klägers im Replikſatze, daß er den Contract seinerseits in den von dem Beklagten hervorgehobenen Punkten erfüllt habe, keineswegs als Replik anzusehen. Im letzteren dagegen ist die Vertheidigung des Beklagten nicht geeignet, die gänzliche oder theilweise Lossprechung desselben von der Klage herbeizuführen und kann daher damit nur nach Befinden die Compensation eines Schädenanspruchs bezweckt werden, dessen Existenz und Höhe der Beklagte durch Bezugnahme auf neue thatsächliche Momente darzulegen hat. In diesem sowie in allen anderen Fällen, wo es einer solchen Bezugnahme auf neue Thatsachen bedarf, um entweder den Nichteintritt der Verpflichtung des Beklagten, oder doch das Wiedererlöschen derselben darzulegen — s. darüber meine angezogene Abhandlung p. 37 fg. sub 9 fg. — hat das Vorbringen wirklich exceptivischen Charakter und ist daher die Bezeichnung desselben als exceptio non adimpleti oder non rite adimpleti contractus gerechtfertigt. Vergl. Treitschke l. l. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 229 und meine angez. Abhandlung p. 7 fg. In Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen hat sich das Ober-App.-Gericht in Sachen Reichenbach u. Cons. c. Pertussen 1846 dahin ausgesprochen, daß der Beklagte zu beweisen habe, wenn er, indem er der Klage entgegentritt, nicht mehr in den Grenzen einer bloßen Bestreitung des factischen Klaggrunds bleibt, nicht sowohl das, was eigentlich hierzu gehört, abläugnet, als vielmehr dem Kläger sonst besondere Thatsachen in Ansehung dessen entgegensetzt, was er zu leisten hat. Desgleichen bemerkte das genannte Obergericht in Sachen Gastin c. Wilde 1844: „Die exceptio non adimpleti contractus bestehe in der einfachen Verneinung, daß Kläger dasjenige, was ihm nach dem Vertrage unzweifelhaft zu thun oblag, nicht gethan habe, also in der Abläugnung des Klaggrunds, und lege Klägerm die Nothwendigkeit des Beweises auf. Die exceptio non rite adimpleti contractus sei dagegen vorhanden, wenn Beklagter specielle Ausstellungen mache und Dinge verlange, welche in dem Vertrage nicht ausdrücklich versprochen seien, hinsichtlich welcher es daher noch wei-

daß die beigefügte Suspensivbedingung [9] eingetreten sei, nicht durch Urkunden nachgewiesen werden kann [10] und c) wenn gegen

terer Erörterungen bedürfe, ob Kläger sie zu gewähren verbunden sei, was vom Beklagten erwiesen werden müsse." und in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VII. p. 543: „Die exceptio non rite adimpleti contractus unterscheidet sich nämlich von der exceptio non adimpleti contractus dadurch, daß bei ersterer nicht sowohl der factische Klaggrund bestritten und das, was zu diesem gehört, geläugnet wird, als vielmehr dem Kläger sonst besondere Thatsachen in Ansehung dessen, was er zu leisten hat, entgegengesetzt werden, und es kann daher in Bezug auf den Pachtcontract nicht von einer bloßen exceptio non rite adimpleti contractus die Rede sein, wenn der Beklagte einen oder den anderen wesentlichen Pachtgegenstand gar nicht gewährt erhalten zu haben behauptet." Vergl. auch Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 554. p. 109 fg. u. 620. p. 307 fg. Siehe über die verschiedenen Ansichten noch Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung VI, 27. p. 184 fg. Thibaut Pandectenrecht §. 169. Vorst Beweislast §. 79. p. 101 fg. Glück Commentar XVII. §. 1043. p. 231 fg. Lang über die Einrede des nicht erfüllten Contracts, Regensburg 1829 und die übrigen in meinem Handbuche §. 229 not. 7 u. in meiner angez. Abhandlung citirten Schriften. Ueber die Frage, ob der Kläger den Eid, wenn er sich dieses Beweismittels zum Beweis der Contractserfüllung bedienen will, in der Klagschrift selbst antragen müsse, s. unten §. 34. not. 16. u. §. 33. bei not. 2 u. 9.

[7] Erl. Pr.-O. Anhang §. 4. Hat der Beklagte der Ausflucht des nicht erfüllten Vertrags im Documente ausdrücklich entsagt, so bedarf es dieses Beweises nicht. Erl. Pr.-O. l. l. Kori l. l. §. 15. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1854. N. F. II, 111. p. 423. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn zwar die Leistung, auf deren Erfüllung geklagt ist, nicht aber die Gegenleistung des Klägers fällig ist. Berger l. l. §. 31.

[8] Von inneren Bedingungen des Rechtsgeschäfts gilt dieß nicht. Das Gesetz spricht nur von Bedingungen, so in dem Documente zu befinden. Kori l. l. not. 105.

[9] Der Nichteintritt von Resolutivbedingungen braucht natürlich nicht dargethan zu werden. Biener Syst. §. 243. not. 2. Kori l. l. §. 15.

[10] Erl. Pr.-O. Anhang §. 4. Leyser Med. ad Pand. Sp. 513. med. 11 und 12. Kori l. l. Namentlich gehört hierher auch der Fall, wenn die Fälligkeit des Anspruchs von einer vorausgegangenen Aufkündigung abhängig ist, wo dann die Behauptung, daß diese Aufkündigung erfolgt sei, auf Eid oder Beweis gestellt werden kann. Desgleichen kann nach Bekanntmachung des Ober-App.-Gerichts v. 2. October 1839. §. 22 der Auszugsberechtigte, wenn er Auszugsleistungen, welche in jährlicher Ablieferung von Naturalien bestehen, sofort nach der Einbringung oder nöthigen Vorbereitung vor Weihnachten einklagt, das zu diesem Zwecke erforderliche Anführen, daß diese Handlungen bereits vorgenommen worden seien, auf Eid oder Beweis stellen. Vergl. hierzu das in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. N. F. III. p. 284 mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts. Dagegen haben die Sächsischen Gerichte, weil es sich um Ausnahmebestimmungen handelt, welche strict anzuwenden sind, einen dies, von dessen Eintritte die Fälligkeit des Anspruchs abhängt, der Suspensivbedingung nicht gleichgeachtet, was jedoch in solchen Fällen, wo derselbe in certus an et quando ist, schwerlich sich rechtfertigen läßt. Die Behauptung des Unterhändlers, daß er dasjenige, wofür ihm das eingeklagte Proxeneticum bewilligt worden sein soll, geleistet habe, ist weder als eigentliche Bedingung, noch als eine in einem zweiseitigen Contracte bedungene Gegenleistung zu betrachten und eignet sich daher nicht zu Anstellung einer gemischten Executivklage. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 226 fg. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 55. p. 184.

die Erben [11] des Verpflichteten geklagt wird und der zur passiven Sachlegitimation des Klägers gehörige Beweis, daß der Beklagte Erbe des Schuldners geworden sei [12], durch Urkunden nicht geführt werden kann [13]. Dazu hat der strenggenommen nicht zu billigende, aber feststehende Gerichtsbrauch [14] noch den Fall hinzugefügt: wenn d) die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer [15] der verpfändeten Sache angestellt wird und der Beweis des Umstands, daß der Beklagte die verpfändete Sache besitze, durch Urkunden sich nicht führen läßt.

§. 33.

Fortsetzung.

In den im vorigen §. erwähnten vier Ausnahmsfällen ist es dem Kläger gestattet [1], auf denjenigen Theil der Klagschrift, in welchem die eine oder die andere der erwähnten Thatsachen behauptet worden ist, vom Beklagten Einlassung und Antwort zu fordern, während in Betreff der übrigen zur Begründung der Klage erforderlichen thatsächlichen Behauptungen die allgemeinen Erfordernisse des Urkundenprocesses ebenfalls beobachtet werden müssen. Auch ist es dem Kläger gestattet, den Beweis dieser illiquiden Klagpunkte, falls Beklagter dieselben läugnen sollte, in der Klagschrift selbst [2] durch Eidesantrag, oder wenn er sich dieses Beweismittels dort nicht bedient hat, später durch andere Be-

---

[11] Von anderen Successoren gilt dieß nicht, da die in der Erl. Pr.-O. Anhang §. 4 und 7 aufgeführten Ausnahmsfälle nach allgemeinen Grundsätzen nicht ausgedehnt werden dürfen.

[12] Diese thatsächliche Behauptung muß in allen Fällen, namentlich aber dann näher specialisirt werden, wenn sich der Kläger des Eidesantrags bedient. Küstner zu Griebners Discurs not. 98. Kori l. l. §. 18. p. 41.

[13] Erl. Pr.-O. Anhang §. 7.

[14] Hommel Rhaps. Obs. 155. Kind Quaest. For. III, 20. Biener Syst. §. 244. Nicht mit Unrecht tadelt Kori l. l. §. 12 und 18 diese weitere Ausdehnung der 3 gesetzlich eingeführten Ausnahmsfälle.

[15] Gegen den Schuldner selbst braucht dieser Umstand gar nicht bewiesen zu werden, da bei ihm der Besitz der verpfändeten Sache präsumirt wird. Kind l. l. III, 20. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 307.

[1] Dieß muß er aber auch thun. Denn hat er entweder die thatsächliche Behauptung in der Klagschrift gar nicht aufgenommen; oder dieß zwar gethan, aber dieselbe weder durch Urkunden sofort liquid gemacht, noch darauf Einlassung und Antwort gefordert, so wird er angebrachtermaaßen abgewiesen. Biener Syst. §. 243.

[2] Vergl. unten bei not. 9 und §. 34 bei not. 16 u. diese Note selbst. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 217.

weismittel zu führen[3]. Demnach muß im gemischten Executivprocesse, je nachdem der Kläger über den einen oder den anderen der bezeichneten vier Punkte in der Klagschrift den Eid angetragen hat, oder nicht, im Läugnungsfalle[4] auf diesen Eid erkannt, oder auf Beweis interloquirt und bis zur Leistung des Eides oder Erledigung des Beweisverfahrens der Executivproceß suspendirt werden[5]. Wird dem Kläger der Beweis des in der Klagschrift zulässig illiquid gelassenen Punkts auferlegt, so ist das Beweisthema ausschließlich auf diesen Punkt beschränkt[6]. Ebenso hat sich der Beklagte im directen Gegenbeweise auf Widerlegung der Beweisführung und im indirecten Gegenbeweise auf Ausführung solcher Ausflüchte zu beschränken, welche er im ersten Verfahren vorgeschützt hat[7], und welche nicht den Anspruch des Klägers selbst, sondern nur den zum Beweis ausgesetzten Passus entkräften[8]. Des Eidesantrags darf sich der Kläger in solchem Falle in der Beweisschrift nicht bedienen[9]. Hat der Beklagte den Punkt, worüber ihm in der Klagschrift der Eid angetragen war, geläugnet, und den Eid ausdrücklich oder stillschweigend ange-

---

3 Erl. Pr.-O. Anhang §. 4 u. 7.

4 Nur in diesem Falle darf auf Beweis und Gegenbeweis interloquirt werden. Räumt dagegen der Beklagte den Passus unter Vorschützung peremtorischer Ausflüchte ein, so sind diese zur Widerklage oder zu besonderer Ausführung zu verweisen. Dieß erhellt aus Erl. Pr.-O. Anhang §. 4, wo es heißt, es solle auf Beweis und Gegenbeweis interloquirt werden, da Beklagter die Erfüllung des Contracts oder der Condition negiren würde. S. auch Volkmann System §. 244. not. d. p. 178.

5 Erl. Pr.-O. l. l. §. 4 u. 7. Berger El. Pr. Execut. §. 22. Wernher Obs. For. P. II. Obs. 358. Biener l. l. §. 243. Kori Executivproceß §. 18. p. 41.

6 Biener l. l.

7 Dieß folgt aus der Eventualmaxime, von welcher hier keine Ausnahme stattfindet. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 53.

8 Dieß ist der einzige Fall, wo es im gemischten Executivprocesse zum Beweise von Ausflüchten kommen kann. Vergl. unten §. 38 nach not. 19. A. M. ist Volkmann l. l. §. 250 not. bb. indem er behauptet, solenner Beweis von Ausflüchten sei auch im gemischten Executivprocesse ganz unzulässig. Kommt es aber einmal zur solennen Beweisführung eines Passus in der Klage, so kann dem Beklagten die directe und bei dieser Gelegenheit auch die indirecte Gegenbeweisführung nicht abgeschnitten werden.

9 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 217 oben bei not. 2 und unten §. 34 not. 16. Da im gemischten Executivprocesse in Betreff desjenigen Passus der Klage, welcher ausnahmsweise auf Eid oder Beweis gestellt werden kann, die Regeln des ordentlichen Processes zur Anwendung kommen, so läßt sich die Gestattung des in der Klagschrift nicht gebrauchten Eidesantrags für die Beweisschrift in keiner Weise rechtfertigen. A. M. ist Volkmann l. l. §. 251 not. b. pag. 208.

nommen, so verliert er nach allgemeinen Grundsätzen[10] diejenigen eventuell vorgeschützten peremtorischen Ausflüchte, welche sich auf den auf den Eid gestellten Passus unmittelbar beziehen, und steht es ihm daher keineswegs frei, diese Ausflüchte in der Widerklage geltend zu machen, während ihm dieß in Betreff anderer Ausflüchte auch in diesem Falle unbenommen bleibt. Ist dagegen der über die Klagschrift zuläßig angetragene Eid vom Beklagten zurückgegeben und vom Kläger geleistet worden, so kann zwar der Beklagte im Executivprocesse mit den Ausflüchten, welche sich auf den auf den Eid gestellten Passus beziehen, nicht gehört werden. Indeß bleibt derselbe berechtigt, diese Ausflüchte in der Widerklage geltend zu machen und zu beweisen[11]. Hat der Beklagte den auf den Eid oder auf Beweis gestellten Punkt eingeräumt, daneben aber illiquide Ausflüchte vorgeschützt, wodurch dieser Passus oder der Anspruch des Klägers selbst in der Wirkung entkräftet wird, so muß der Beklagte, sobald der Kläger den Grund der illiquiden Ausflüchte geläugnet hat, sofort verurtheilt und mit seinen illiquiden Ausflüchten zur Widerklage verwiesen werden[12]. Sind aber die vorgeschützten Ausflüchte durch Urkunden sofort liquid, so wird der Kläger angebrachtermaaßen abgewiesen, er müßte denn seine Replik dagegen durch Urkunden ebenfalls sofort liquid machen können[13]. Hatte der Beklagte den in der Klage zuläßig auf Einlassung und Antwort gestellten Thatumstand geläugnet und findet sich später, daß dieß zur Ungebühr und zum Verschleif der Sache geschehen, so wird er, wenn er die der Klage zum Grunde gelegten des Anerkenntnisses bedürftigen Urkunden anerkannt hat, in die libellirte Forderung und die Proceßkosten

[10] Reus negans non excipit jurejurando delato et acceptato. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 232 bei not. 11.

[11] Der Beweis seiner illiquiden Ausflüchte ist auch in diesem Falle im Executivprocesse nicht zuläßig.

[12] Der Grundsatz der Gleichheit der Parteienrechte gilt also hier nicht. Vielmehr bleibt es bei der dem Urkundenprocesse eigenthümlichen Regel, daß Ausflüchte des Beklagten nur dann berücksichtigt werden, wenn sie durch Urkunden sofort liquid gemacht worden sind. Erl. Pr.=O. Anhang §. 8. Kori l. l. §. 25. p. 27. Die Decis. Elect. 12. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. steht dem nicht entgegen, da dort nur von dem Falle die Rede ist, wenn die erhobene Klage als Executivklage nicht haltbar ist und deßhalb in Form des ordentlichen Processes verhandelt wird. A. M. ist Wernher Obs. For. P. II. Obs. 358.

[13] Mit illiquiden Dupliken gegen dergleichen liquide Repliken wird der Beklagte in dieser Proceßart ebensowenig gehört, sondern zur Widerklage, oder zu besonderer Ausführung verwiesen.

verurtheilt und um den vierten Theil des libellirten Betrags gestraft, und diese Strafe im Erkenntniß ausdrücklich ausgesprochen, er könnte denn eidlich versichern, daß er zu der Zeit, als er die Thatsache geläugnet, es anders nicht gewußt habe, in welchem Falle er zwar mit der Strafe zu verschonen, jedoch nichts desto weniger zu Erstattung der Unkosten anzuhalten ist[14]. Von der Strafe erhält ein Drittheil das Gericht, ein Drittheil der Kläger, und ein Drittheil die Ortsarmenkasse[15]. Kann der Beklagte diese Strafe nicht zahlen, so ist er mit Gefängniß- oder anderer willkührlicher Strafe zu belegen[16].

Stützt der Beklagte im einfachen oder gemischten Executivprocesse die Ausflucht der Compensation auf einen zweiseitigen oder bedingten Vertrag, oder bezieht sich derselbe zu Beibringung der passiven Sachlegitimation auf den Umstand, daß der Kläger Erbe eines Dritten geworden sei, so ist es ihm keineswegs gestattet, sich anderer Beweismittel, als vollbeweisender Urkunden zu bedienen. Vielmehr wird derselbe mit solchen Ausflüchten zur Widerklage oder zu Anstellung ordentlicher Klage verwiesen[17].

§. 34.

Von der Klage im Executivprocesse.

Die Klagschrift wird in Form des ordentlichen Processes abgefaßt, es müßte denn der Anspruch ein geringfügiger sein, wo dann die Regeln des Processes in geringfügigen oder Bagatellsachen gelten[1]. Dieselbe hat mithin an sich nichts charakteristisches[2] und kann mittelst Präsentationsschreibens überreicht wer-

---

[14] Erl. Pr.-O. l. l. §. 4 u. 7.

[15] Erl. Pr.-O. l. l., wo das letzte Drittheil dem Armenhause zu Waldheim überwiesen wird. Nach Gesetz v. 26. Juni 1837. §. 3. fließen diese Strafgelder seit dem 1. Januar 1837 in den Erblanden der Ortsarmenkasse, in der Ober-Lausitz aber der dasigen Criminalkasse zu.

[16] Erl. Pr.-O. l. l. Ein Fall, wo der Widerbeklagte auf gleiche Weise gestraft wird, ist ebendaselbst §. 8. aufgeführt. Vergl. oben §. 30 bei not. 17.

[17] Dieß erhellt aus Erl. Pr.-O. Anhang §. 4. Vergl. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2. not. 11. p. 899. El. Proc. Execut. §. 38 u. 42. Kori l. l. §. 25. p. 57 fg.

[1] Befehl v. 15. November 1780. C. II. C. A. I. p. 379. auch in der Oberlausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824. §. 18. sub 20. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 41. Vergl. unten §. 76 u. 86.

[2] v. Bayer Summ. Pr. §. 44. Mittermaier der gem. deutsche bürgerl. Pr. ꝛc. IV. §. V. p. 178. sub IV. Kori Executivproceß §. 18. p. 39.

den[2b]. Zur factischen Begründung der Klage bedarf es nach dem Grundsatze, daß auch aus indiscreten Urkunden Executivklage erhoben werden könne[3], des Anführens, in welcher Weise der Anspruch des Klägers entstanden sei, nicht wesentlich. Der factische Inhalt der Klagschrift muß aber mit dem Inhalte der Urkunden, auf welche der Kläger sich stützt, vollständig übereinstimmen, auch die etwa erforderliche active oder passive Sachlegitimation genügend begründet und sofort bewiesen sein[4]. Die sofortige Aufnahme und Nachweisung der Replik in der Klagschrift ist in der Regel zweckmäßig[5]. Cumulation mehrerer Klagen, welche sich sämmtlich zu Anstellung des Executivprocesses eignen, ist nach allgemeinen Grundsätzen gestattet[6]. Im gemischten Executivprocesse müssen die auf den Eid, oder auf Beweis gestellten Punkte speciell ausgeführt werden[7]. Die Urkunden, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt, hat derselbe seiner Klage sofort im Original oder doch in Abschrift beizulegen[8], und ist es

---

2b Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1853 N. F. I, 57. p. 239 fg.

3 S. oben §. 23.

4 S. oben §. 24 u. 25. Ist die Activlegitimation nicht beigebracht, so wird der Kläger um 5 Thaler gestraft und auf Beibringung der Activlegitimation interloquirt, oder wohl auch das Definitiverkenntniß von dieser Beibringung abhängig gemacht. Erl. Pr.-O. Anhang §. 7. und oben §. 24. bei not. 7. §. 25. not. 6. Auf gleiche Weise bedarf es in dem Falle der Begründung und des sofortigen Beweises der erfolgten Rechtsverletzung, wenn dieselbe nicht bloß in Unterlassungen, sondern in thatsächlichen Eingriffen in das Recht des Klägers besteht. Kori l. l. §. 9 am Ende. Ueber die Liquidität negativer Behauptungen, auf denen das Klagrecht beruht, s. oben §. 18. not. 2 am Ende.

5 Wernher Obs. For. P. I. Obs. 146. Berger El. Proc. Exec. §. 48. Kori l. l. §. 18. p. 43. §. 26. p. 59. Kann der Kläger den Beweis der Replik nicht sofort durch Urkunden führen, so muß er ordentlich klagen. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 215.

6 Claproth Summ. Pr. §. 162. Martin Lehrbuch §. 251. Gensler Commentar dazu §. 137. p. 258. v. Linde Lehrbuch §. 361. v. Bayer Summ. Pr. §. 44. Gett Executivproceß §. 10. p. 97. Berger El. Proc. Execut. §. 45. Kori l. l. §. 18 am Ende. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 216. Ueber den Fall der Cumulation einer Executivklage mit einer ordentlichen s. unten §. 35 bei not. 4.

7 S. oben §. 32. not. 12. Ueber die Behauptung des Klägers, daß er seinerseits den Vertrag erfüllt habe, s. oben §. 32. not. 6. und unten not. 16.

8 Martin l. l. Biener Syst. §. 245. Kori l. l. §. 18. Dieselben werden, wie im ordentlichen Processe, mit Zahlen, Buchstaben oder Planetenzeichen bezeichnet. Der Gebrauch anderer Zeichen ist bei 5 Thlr. Strafe verboten. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 163. Ueberhaupt gelten in Betreff der Induction der Urkunden die Grundsätze des ordentlichen Processes. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 283. Auch die extractweise Beifügung der Abschriften ist nicht verboten, dafern nur aus dem beigefügten

daher keineswegs statthaft, Edition dieser Urkunden vom Beklagten[9] oder von dritten Personen[10] in der Klagschrift zu fordern. Nur das Proceßgericht kann um Edition solcher Urkunden gebeten werden, welche im Gewahrsam desselben sich befinden[11]. Das Sachgesuch wird auf Verurtheilung des Beklagten zu der binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Hülfe[12] zu bewirkenden Leistung, das Proceßgesuch auf Anberaumung eines Verhörtermins, Vorladung des Beklagten dazu, sowie zur Anerkennung der beigelegten Urkunden sub poena recogniti gerichtet[13]. Ist die Klage in Form des gemischten Executivprocesses angestellt, so wird damit auch die Bitte um Vorladung zur Einlassung und Antwort auf die Klage sub poena confessi et convicti verbunden[14]. Will sich in solchem Falle der Kläger zum Beweis derjenigen Klagpunkte, welche er durch Urkunden nicht liquid zu machen

Extracte alle diejenigen Momente sich ergeben, worauf das Klagrecht beruht, auch der Eingang und Schluß der Urkunde beigefügt ist. Kori l.l. §. 7. p. 16 fg. Volkmann System §. 247. p. 194. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851. XI, 50. p. 197 fg. Durch die erfolgte Beibringung einer Abschrift werden die Urkunden eben so gemeinschaftlich, wie im ordentlichen Processe. Kori l. l. §. 27. p. 61 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 292. Doch kann der Kläger diese Gemeinschaftlichkeit durch Verzichtleistung auf den Proceß wieder aufheben, welche bis zur Rechtskraft des Erkenntnisses gestattet ist. Erl. Pr.-O. Anhang §. 9.

[9] Erl. Pr.-O. Anhang §. 3. Wernher Obs. For. Suppl. ad P. VIII. Obs. 355. Berger El. Pr. Execut. §. 39 u. 45. Ejusdem Oec. Jur. IV, 30. Th. 2. not. 1 u. 10. Mevius Decis. IV, 267. V, 166. Süptitz Summ. Pr. §. 43. not. 2. Kori l. l. §. 18. p. 42. Vergl. noch Mehlen Summ. Pr. §. 30. not. 2. Martin l. l. §. 251. not. d. v. Lindel l. l. §. 361.

[10] Derartige an dritte Personen gerichtete Editionsgesuche sind zwar an sich nicht unstatthaft. Haben dieselben aber bis zu der Zeit, wo die Production der Urkunden nöthig wird, keinen Erfolg, so wird der Kläger angebrachtermaaßen abgewiesen. Süptitz l. l. §. 43. not. 2. Biener l. l. §. 245. Kori l. l. §. 18. p. 42 fg. Vergl. auch Volkmann l. l. §. 248. p. 196. Auf gleiche Weise ist es keineswegs gestattet, zum Beweise von Exceptionen, Repliken oder Dupliken Edition zu fordern. Vergl. unten §. 37 bei not. 21 u. 37.

[11] Biener l. l. Kori l. l. p. 43. Solche Urkunden brauchen der Klage nicht einmal in Abschrift beigefügt zu werden. Vielmehr genügt es, wenn der Kläger bittet, daß der Ladung an den Beklagten Gerichtswegen eine Abschrift beigefügt werden möchte; Gerichtsacten werden in Abschrift nicht beigefügt. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 283.

[12] Ursprünglich lautete das Klaggesuch auf Vollstreckung der Hülfe. Briegleb Executivproceß p. 165 fg. Daher der auch jetzt noch übliche, an sich unnütze Zusatz „bei Vermeidung der Hülfe."

[13] Claproth l. l. §. 163. Berger El. Proc. Execut. §. 22. Kori l. l. §. 18. p. 39 fg. u. not. 125.

[14] Biener l. l. §. 245. Kori l. l. p. 40 fg. Ist dieß nicht geschehen, so wird die Klage angebrachtermaaßen abgewiesen. Hommel Rhaps. Obs. 12.

braucht, des Eidesantrags bedienen[15], so muß er dieß bei Verlust des Beweismittels in der Klagschrift selbst erklären[16]. Der Kläger muß wegen der Proceßkosten Vorstand bestellen[17]. Doch wird darauf gewöhnlich nicht erkannt, wenn der Beklagte im ersten Erkenntnisse verurtheilt wird[18].

§. 35.

Prüfung der Klagschrift und Vorladung zum Verhörstermine.

Finden sich in der eingereichten Klagschrift grobe Mängel, oder sind die der Klagschrift im Original oder in Abschrift beige-

---

[15] In anderen Fällen ist der Eidesantrag über die Klage natürlich ganz unzulässig.

[16] S. oben §. 33 bei not. 2 u. 9. Dieß gilt auch nach allgemeinen Grundsätzen — s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 217. — in dem Falle, wenn der Kläger in der Klage im Allgemeinen erklärt hat, daß er den zweiseitigen Contract, aus welchem er executivisch klagt, seinerseits erfüllt habe. Denn wenn der Beklagte die Punkte, in welchen der Kläger seinen contractlichen Obliegenheiten nicht nachgekommen sein soll, speciell hervorgehoben hat, wie ihm dieß zu thun obliegt — vergl. oben §. 32. not. 6. — und der Kläger in seiner Replik bei der schon in der Klagschrift enthaltenen Behauptung, daß er auch in diesem Punkte den Contract erfüllt habe, stehen geblieben ist, so fehlt es keineswegs an den erforderlichen Unterlagen zur Eidesformel, indem in dieselbe die vom Beklagten specialisirten Leistungen aufzunehmen sind, welchen der Kläger nach Inhalt seiner Klagschrift und der dazu gehörigen Urkunden nachgekommen zu sein behauptet, während der Beklagte dieß geläugnet hat. Glaubt aber der Richter in solchem Falle wegen zu großer Verwickelung der Sache schon jetzt auf den Eid nicht erkennen zu können, so mag er, wie dieß in Praxi der strengen Theorie zuwider bisweilen geschehen ist, dem Kläger, trotz des in der Klagschrift angetragenen Eides, den Beweis seiner Klage in Betreff des geläugneten passus auferlegen. Nur wird er dann jedenfalls dem Kläger den Eidesantrag nachlassen müssen, wie dieß schon Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. s. v. „interloquiren" p. 535. und Wernher Obs. For. P. VII. Obs. 37. bemerken. Von diesem Gesichtspunkte aus läßt sich auch der Zusatz in der not. 82. bei Griebner l. l. leicht erklären, obwohl Kritz Sammlung von Rechtsfällen II, 3. p. 54. denselben für ganz unverständlich hält. Vergl. noch oben §. 32. not. 6 u. 7.

[17] Wernher l. l. P. VII. Obs. 233. und Suppl. dazu Vol. VII. p. 753. Leyser Med. ad Pand. Sp. 34. med. 7. Biener Syst. §. 48. not. 5. Kori l. l. §. 34. und mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 220. not. 23. Die Folgen der Nichtbestellung sind die nämlichen, wie im ordentlichen Processe. Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 20. Novbr. 1852. G.-S. v. 1853. p. 27.

[18] Biener Syst. §. 48. Volkmann System §. 68. Die entgegengesetzte Ansicht hat das App.-Gericht zu Dresden im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1847. VII, 125. p. 393 angenommen. Vergl. auch Ackermann in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 10. p. 236. Ueber das gemeine Recht s. Hennings Widerklage p. 65 fg. v. Linde Lehrbuch §. 362. not. 3. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. V. p. 180. Gett Executivproceß §. 18. p. 151.

legten Urkunden zu Anstellung des Executivprocesses offenbar ganz ungeeignet, so kann der Richter die Klage a limine judicii zurückweisen[1]. Hat der Kläger in einer Klagschrift, welche in Form des Executivprocesses hätte angestellt werden können, nur Einlassung und Antwort vom Beklagten gefordert, so darf der Richter nur den ordentlichen Proceß einleiten[2]. Dagegen hat der Richter in dem Falle, wenn der Kläger in seiner Klagschrift die Recognition von Urkunden und zugleich Einlassung und Antwort auf andere, als die oben §. 32 bezeichneten zu Anstellung des gemischten Executivprocesses sich eignenden vier Punkte forderte, dem Mangel von Amtswegen abzuhelfen und ist es daher seinem Ermessen überlassen, ob er den ordentlichen, oder den Executivproceß für zulässig hält und demnach einleiten will[3]. Hat der Kläger eine Executivklage mit einer ordentlichen Klage cumulirt, so wird die letztere zurückgewiesen und nur die Executivklage aufrecht erhalten[4].

Hält der Richter nach vorgängiger Prüfung die angestellte Executivklage für zulässig, so erläßt er die Ladung zum Verhörstermine[5]. Dieselbe muß sowohl im einfachen, als im gemischten Executivprocesse eine Sächsische Frist enthalten[6], es müßte denn der Gegenstand des Processes ein geringfügiger sein[7]. Beide Parteien werden in dieser Ladung zum Erscheinen vor Ge-

---

[1] Vergl. Mittermaier im Archiv für die civ. Praxis V, 14. p. 355 fg. und 383 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 45. Gett Executivproceß §. 11. p. 98 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 221.

[2] Berger El. Proc. Execut. §. 22. Biener Syst. §. 245. Dieß deßhalb, weil es dem Kläger freisteht, statt des Executivprocesses den ordentlichen anzustellen. Vergl. oben §. 19.

[3] Erl. Pr.-O. V, 1. und Anhang §. 7. vergl. mit Decis. Elect. 12. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Berger l. l. §. 45. Biener l. l. §. 245. Kori l. l. §. 18. p. 41 fg. und das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 32. mitgetheilte Erkenntniß des Dresdner Appell.-Gerichts.

[4] So hat das Ober-Appell.-Gericht 1846 erkannt. Dieser Fall ist mit dem im Texte bei not. 3. erwähnten nicht zu verwechseln.

[5] Durch diese Ladung unterscheidet sich der Executivproceß vom Executionsprocesse, wo sofort Hülfsauflage erlassen und eine Ladung wenigstens zunächst und in der Regel nicht erfordert wird. S. unten §. 42.

[6] Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661. Tit. von Justizsachen §. 2. C. A. I. p. 195 fg. Erl. Pr.-O. IV, 1. und Anhang §. 3. Berger El. Proc. Execut. §. 37. Ejusdem Oec. Jur. IV, 30. Th. 2. not. 1. Biener l. l. §. 245. Kori l. l. §. 19. p. 44.

[7] Mandat v. 28. November 1753. §. 3. C. C. A. I. p. 383 fg. Befehl vom 15. November 1780. C. II. C. A. I. p. 379. Biener l. l. Kori l. l. §. 19. p. 44. Ueber ganz geringe Rechtssachen s. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 41. Vergl. unten §. 74. 77. u. 84.

richt und zu Anstellung eines Vergleichsversuchs bei 5 Thaler Strafe [8], der Kläger aber außerdem noch zu Production der von ihm inducirten Urkunden im Originale [9], dagegen der Beklagte zu Anerkennung aller [10] Urkunden, auf welche die Klage gestützt ist, bei Strafe des Anerkenntnisses [11] und im gemischten Executivprocesse noch überdieß zu Einlassung und Antwort auf die auf Eid oder Beweis gestellten Punkte bei Strafe des Eingeständnisses und der Ueberführung vorgeladen [12]. Die der Klagschrift beigefügten Urkunden werden, wie die Klagschrift selbst, der Ladung in Abschrift beigelegt [13]. Im Uebrigen gelten auch hier die Grundsätze des ordentlichen Processes.

§. 36.

Vom Verhörstermine. Recognition und Diffession der Urkunden.

Bleiben im Verhörstermine [1] beide Parteien aus, so ist der Termin circumduct [2]. Im Falle des ungehorsamen Ausbleibens des Klägers [3] gelten ebenfalls die Grundsätze des ordentlichen Processes [4]. Wird der Beklagte ungehorsam, so werden die der

---

[8] Insoweit gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 222.

[9] Bei Verlust der Urkunden wird der Kläger dazu nicht vorgeladen. Vergl. unten §. 36. bei not. 14. u. Volkmann l. l. §. 248. not. k. p. 197.

[10] Decis. Elect. 74. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Berger El. Proc. Execut. §. 26. Biener l. l. §. 245. not. 5. Kori l. l. Ueber das gemeine Recht s. Gensler Commentar zu Martin II. p. 69 sub 3.

[11] Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661. Tit. von Justizsachen §. 2. C. A. I. p. 195 fg. Erl. Pr.-O. Anhang §. 3. Ist dem Beklagten die Anerkennung von Privaturkunden auferlegt, so steht es ihm auch frei, zu diffitiren. Berger El. Proc. Execut. §. 23. p. 39 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 270. Deßhalb bedarf es der Alternative, welche Volkmann l. l. §. 248. p. 197. für nöthig hält, keineswegs. Vergl. Erl. Pr.-Ordnung XXV, 4. u. Biener l. l. §. 245. not. 5. Nach altem Rechte war die erste Ladung dilatorisch. Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661. l. l. Decis. Elect. 12. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg.

[12] Erl. Pr.-O. Anhang §. 9.

[13] Decis. Elect. 12. laud. Biener l. l. §. 245 am Ende.

[1] Derselbe kommt hier auch unter den Namen Recognitionstermin, Productionstermin vor. Gett Executivproceß §. 12. p. 109 fg. Biener Syst. §. 246.

[2] Hier gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes. Mehlen Summ. Pr. §. 32 sub I. Biener l. l. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 97.

[3] Von der im Verhörstermine unterbliebenen Production der Klagurkunden siehe unten bei not. 14 fg.

[4] Erl. Pr.-O. Anhang §. 9. vergl. mit X, 1. Berger Oec. Jur. IV,

Klage im Original oder in Abschrift beigelegten Urkunden, im letzteren Falle jedoch nur nach deren im Termine erfolgter Production im Originale, der Ladung gemäß, für anerkannt[5], auch diejenigen Punkte der Klage, auf welche der Kläger im gemischten Executivprocesse zulässig Einlassung und Antwort gefordert hatte, für zugestanden geachtet[6]. Zugleich verliert der Beklagte, wenigstens für den Executivproceß[7], diejenigen peremtorischen Ausflüchte, welche er dem Anspruche[8] des Klägers hätte entgegensetzen können, während dieselben auch dann noch in Form der Widerklage oder besonderer Klage geltend gemacht werden können[9]. Dagegen gehen dem ungehorsamen Beklagten die ihm gegen die rechtliche Statthaftigkeit des executivisch geltend gemachten Anspruchs überhaupt und gegen die absolute oder hypothetische Beweiskraft der in contumaciam für anerkannt zu achtenden Urkunden, auf welche die Klage gestützt ist, zur Seite stehenden Exceptionen auch für den Executivproceß nicht verloren[10], da der Richter die Frage, ob die Klage an sich rechtlich möglich und ob die Klagurkunden ihrer äußeren oder inneren Form nach zum Executivprocesse geeignet seien, trotz des Ungehorsams des Be-

---

30. Th. 2. not. 11. p. 900. Biener l. l. §. 246. Kori Executivproceß §. 21. Volkmann System §. 249. p. 197. vergl. mit meinem Handbuche des Sächs. ordentl. Pr. §. 225. Es wird also dem Kläger auf Antrag des Beklagten aufgegeben, binnen Sächsischer Frist bei Verlust des Klagrechts um neue Ladung zu bitten. Versäumt er sich daran, oder bleibt er in dem neuanberaumten Verhörstermine abermals aus, so wird er des Rechts verlustig, seinen Anspruch im Wege des Executivprocesses geltend zu machen. Daher kann er denselben auch dann noch in Form einer anderen Proceßart verfolgen. Kori l. l. Der im Executivprocesse inducirten Urkunden kann er sich in diesem neuen Processe nach der richtigeren Ansicht zum Zwecke der Beweisführung allerdings bedienen. A. M. Kori l. l. und der Verfasser selbst in den früheren Auflagen.

[5] Vergl. oben §. 35. bei not. 11. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2. not. 11. p. 900.

[6] Vergl. oben §. 35. bei not. 12. Berger l. l. Biener l. l. §. 246.

[7] Für die Widerklage gehen sie nicht verloren. Hommel Rhaps. Obs. 397.

[8] Nicht den Urkunden, auf welche die Klage gestützt ist. S. unten bei not. 10.

[9] A. M. ist Biener l. l. not. 2. indem er annimmt, die connexen Ausflüchte gingen ganz verloren. Davon steht aber in der Decis. Elect. 12. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. und in der Erl. Pr.-O. Anhang §. 9. nichts. Kori l. l. §. 21. p. 51. Vergl. Berger El. Proc. Execut. §. 33. Hommel Rhaps. Obs. 397. Eine Ausnahme hiervon tritt nur dann ein, wenn dem Beklagten im gemischten Executivprocesse peremtorische Ausflüchte gegen den auf Einlassung und Antwort gestellten Passus zur Seite stehen.

[10] Hier gelten also die Regeln des ordentlichen Processes. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 268. Volkmann l. l. §. 249. p. 198.

klagten von Amtswegen zu prüfen, und wenn dieß verneint werden muß, den Kläger schlechterdings oder doch in angebrachter Maaße abzuweisen hat[11]. Natürlich bleibt auch der ungehorsame berechtigt, auf einen wesentlichen Mangel in den subjectiven oder objectiven Erfordernissen des Processes überhaupt aufmerksam zu machen.

Sind beide Parteien gehörig erschienen, so hat nach vergeblich angestelltem Vergleichsversuche[12], der Kläger die Urkunden, auf welche er seinen Anspruch stützt, falls dieß nicht bereits bei Anstellung der Klage geschehen ist, im Originale zu produciren[13]. Unterbleibt die Production, so wird der Kläger ungehorsam[14]. Nach einem früheren neuerdings mit Recht verworfenen Gerichtsbrauche[15] wurde ihm die Production der Urkunden nach Analogie der im Productionsverfahren geltenden Grundsätze[16] auch später noch und zwar spätestens am fünften Tage des Ver-

---

[11] Kori l. l. §. 21. p. 52. und die dort angez. Präjudizien des vormaligen Appell.-Gerichts. Schlechterdings wird abgewiesen, wenn dem geltend gemachten Anspruche verbietende Gesetze entgegenstehen. Kori l. l. §. 25. p. 56. Dem Gesagten zu Folge bestehen die Strafen des Ungehorsams hier nicht im Verlust des Anspruchs oder der Vertheidigung überhaupt, sondern nur im Verlust der Ausführbarkeit des Anspruchs oder der Vertheidigung im Urkundenprocesse. Vergl. Decis. Elect. 12. laud. Berger El. Proc. Execut. §. 33. Hommel l. l. Obs. 397. Kori l. l. p. 41. Fälschlich behauptet Biener l. l. §. 246. das Gegentheil. Ueber das gemeine Recht s. besonders Claproth Summ. Pr. §. 170. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß rc. IV. §. V. p. 110 fg. u. §. V. p. 179. Gett Executivproceß §. 12. p. 109 fg.

[12] Kori l. l. §. 20. p. 44. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 59.

[13] Erl. Pr.-O. Anhang §. 9. Die beim Gericht aufbewahrten Urkunden, um deren Edition gebeten worden ist — vergl. oben §. 34. bei not. 11. — werden dem Beklagten vorgelegt. Kori l. l. §. 20. p. 45. Von der theilweisen Production s. oben §. 21 bei not. 24.

[14] Anhang der Erl. Pr.-O. §. 9. Vergl. die in der Zeitschrift für Rechtpfl. u. Verwaltung N. F. V. p. 545 fg. und im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1852. XII, 86. p. 402 fg. mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-App.-Gerichts. Die Folgen dieses Ungehorsams sind oben bei not. 4. erwähnt worden. Zur Abweisung des Klägers, von welcher Biener l. l. §. 246. not. 3. spricht, kommt es also wenigstens nicht sofort. Siehe die angez. Gesetzstelle in Verbindung mit Erl. Pr.-O. X, 1.

[15] Die Existenz dieses Gerichtsbrauchs wird zwar in dem in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung Neue Folge V. p. 545 fg. mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-Appell.-Gerichts bestritten. Indeß ist in der That von Obergerichten sowohl, als von Untergerichten in der im Texte angegebenen Weise in unzähligen Fällen erkannt worden. Vergl. auch Volkmann l. l. §. 249. p. 199. u. not. f. daselbst.

[16] Vergl. Alte Pr.-O. XXIV, 2. Erl. Pr.-O. XXIV, 1. XXV, 1. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 291 bei not. 13. u. §. 293. nach not. 15.

fahrens im Replikſatze gestattet, und das in der Ladung dem Beklagten angedrohte Präjudiz auf die erst beim Replikſatze producirten Urkunden ausgedehnt[17]. Der Beklagte hat sich über die Aechtheit der vom Kläger im Termine producirten Urkunden sofort im Termine[18] oder doch spätestens im Duplikſatze und zwar innerhalb des hierzu gesetzlich gestatteten Zeitraums[19] zu erklären[20]. Unterläßt er dieß, so werden dieselben für recognoscirt geachtet[21]. Indeß kann er die Recognition verweigern, wenn dieselben aus dem Grunde irrecognoscibel sind, weil es an einem anderen Erfordernisse der absoluten Beweiskraft fehlt[21b]. Von der Recognition und den Wirkungen derselben gelten die allgemeinen Grundsätze[22]. Namentlich verliert der Beklagte durch die

---

[17] Der Annahme, daß die Anfangsworte des §. 9. des Anhangs der Erl. Proc.-Ordnung: „In termino" auf das ganze Verfahren Bezug haben, steht namentlich die Fassung der darauf folgenden Worte: „und da er solches nicht thut, oder gar ausbleibt," sowie die Verweisung auf Tit. X. der Erl. Pr.-O. entgegen. Vergl. das angez. Präjudiz des Ober-App.-Gerichts in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. V. p. 546.

[18] Erl. Pr.-O. Anhang §. 8 u. 9.

[19] Hier werden also die von der Einlassung im ersten Verfahren im ordentlichen Processe geltenden Grundsätze analog zur Anwendung gebracht. Biener l. l. §. 246. Kori l. l. §. 20. p. 49. und die in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge I. p. 446. u. V. p. 546. mitgetheilten Präjudizien des Ober-App.-Gerichts, wo dieser Gerichtsbrauch anerkannt wird. Vergl. noch Mandat v. 15. April 1696. §. 15. C. A. I. p. 1296 fg. Diesen Gerichtsbrauch tadelt Gett l. l. §. 15. p. 127 wohl nicht mit Unrecht.

[20] Hat sich der Kläger nicht zur Sache legitimirt, so soll der Beklagte wenigstens eventuell recognosciren. Erl. Pr.-O. Anhang §. 7. Kori l. l. §. 12. p. 27. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn dem Beklagten dilatorische Einreden zur Seite stehen. Vergl. Gett l. l. §. 15. p. 127. u. unten §. 37. bei not. 14.

[21] Erl. Pr.-O. Anhang §. 9. Biener l. l. §. 246. Indeß kann der Beklagte in dem Falle, wenn die Urkunde ohnehin zum Beweise sich nicht eignet, weil dieselbe irrecognoscibel ist — vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 269. — und also zu den sogenannten „klaren Brief und Siegeln" nicht gehört, weder zur Recognition, noch zur Diffession genöthigt werden. So hat z. B. das Ober-Appell.-Gericht in Sachen Gottliebsohns c. Meißner 1846 sich ausgesprochen, und dabei bemerkt, daß die Aufforderung zur Recognition oder Diffession nicht dahin gerichtet werden könne, ob die Interlinearschrift über einer ausgestrichenen Stelle von dem Beklagten, oder mit dessen Genehmigung, ob sie vor oder nach der Unterzeichnung geschehen sei.

[21b] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 269.

[22] Berger El. Proc. Execut. §. 25. Kori l. l. §. 20. p. 45 fg. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 268. Die erfolgte ausdrückliche oder stillschweigende Recognition nützt dem Kläger nichts, wenn es der Urkunde sonst an einem Erfordernisse der absoluten oder hypothetischen Beweiskraft fehlt. Auch fremde Privaturkunden müssen recognoscirt werden. Kori l. l. p. 47. Ist der Aussteller blind, so muß ihm ein Specialvormund bestellt werden, welcher de credulitate zu recognosciren oder zu diffitiren hat. Vormund-

erfolgte Recognition seine Einwendungen gegen die Urkunden nicht[23]. Hat der Beklagte sich zwar zur Diffession der vom Kläger producirten Privaturkunden erboten, oder die Recognition derselben aus erheblichen Gründen verweigert, aber den Inhalt der Urkunden und seine Schuld ohne Beschränkung durch peremtorische Ausflüchte eingeräumt, so wird er nichtsdestoweniger auf den Grund seines Zugeständnisses verurtheilt[24]. Erklärt derselbe die vom Kläger zur Klage producirten Privaturkunden für unächt, so muß er sich zur Diffession derselben entweder sofort im Termine, oder doch innerhalb der Frist zur Duplik[25] ausdrücklich erbieten[26] und den Diffessionseid entweder sofort im Verhörster-

---

schaftsordnung v. 10. October 1782. Cap. 24. §. 6. C. A. I. p. 283 fg. Kori l. l. p. 48.

[23] Vergl. oben not. 22. u. bei not. 10.

[24] Kori l. l. §. 20. p. 49. Gett l. l. §. 15. p. 131. Volkmann l. l. §. 249. p. 201. Dagegen möchte es bedenklich sein, in dem Falle zu verurtheilen, wenn der Beklagte nur den Inhalt der Urkunde einräumt, dabei aber peremtorische Exceptionen vorschützt, da man ihm dann den Beweis seiner Ausflüchte abschneiden würde, wozu er, falls das Document, aus welchem geklagt wurde, unächt ist, im ordentlichen Processe jedenfalls berechtigt ist. Vielmehr würde in solchem Falle dennoch auf den Diffessionseid erkannt werden müssen. Denn die im Texte erwähnte Verurtheilung auf den Grund des Zugeständnisses läßt sich nur unter der Voraussetzung rechtfertigen, daß das Zugeständniß den nämlichen Erfordernissen entspricht, welche im Klagdocumente hätten vorhanden sein müssen. Aus einem Documente aber, in welchem neben dem unumwundenen Anerkenntnisse der Schuld peremtorische Ausflüchte behauptet werden, kann nicht executivisch geklagt werden. Vergl. darüber und über die Executivklage aus einem unumwundenen Zugeständnisse in der Einlassung oben §. 23 not. 5.

[25] S. oben bei not. 19.

[26] Diesem ausdrücklichen Erbieten steht jede andere Erklärung des Beklagten, aus welcher sich unzweifelhaft ergiebt, daß er diffitiren wolle, gleich. Nach der richtigeren Ansicht wird dieß auch von dem Falle gelten müssen, wenn derselbe die ausdrückliche Erklärung abgiebt, daß er die Urkunde weder geschrieben, noch unterschrieben, weder schreiben noch unterschreiben lassen. Denn diese Erklärung enthält stillschweigend offenbar das Erbieten zu dem gleichlautenden Diffessionseide, zu welchem dann der Beklagte schon gesetzlich verpflichtet ist. Mehr fordert weder die Erl. Pr.-O. XXV. §. 4. noch §. 9 des Anhangs. Unbestimmte Auslassungen, wohin auch die bloße Verweigerung der Recognition gehört, genügen natürlich nicht. Vergl. darüber mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 270. not. 13. §. 234. not. 13. Kori l. l. §. 20 u. 36. und im ordentl. Processe §. 113. Biener l. l. §. 150. 151. 246. und die in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung I. p. 59. und Neue Folge I. p. 446. mitgetheilten Entscheidungen des vormaligen Appellationsgerichts und des Ober-Appell.-Gerichts. In gleicher Weise hat diese letztere Oberbehörde 1840 erkannt, während dieselbe im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1848 VIII, 99. p. 366. und in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 526 fg. der strengeren Ansicht beipflichtet. Vergl. auch Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 635. p. 361 fg. Die Strafbestimmung in fr. 10. §. 1. Dig. de fidejussoribus XLVI, 1, daß der Bürge, wenn er die Verbürgung läugne, das beneficium divisionis verliere, und deren analoge Anwendung auf das bene-

mine[27], oder in einem besonders dazu anberaumten Diffessionstermine[28] leisten[29], ohne daß es dazu eines vorgängigen Erkenntnisses bedarf[30]. Indeß wird die Leistung des Diffessionseides in der Regel bis zum rechtskräftigen Enderkenntnisse ausgesetzt. In Betreff öffentlicher Urkunden ist keine Diffession zulässig[31]. Auch bedarf es keiner Anerkennung derselben[32]. Zum Diffessionstermine wird der Beklagte unter Gestattung einer Frist von acht bis vierzehn Tagen und unter Uebersendung der Eidesnotul peremtorisch vorgeladen[33]. Bleibt derselbe in diesem Termine aus, so wird er nicht nur seines Eides, sondern auch seiner Einwendungen gegen die Urkunde verlustig und die Urkunde für anerkannt geachtet[34]. Die bei Diffessionseiden zu gebrauchende Formel ist in der Erläuterten Proceßordnung Tit. XXV. §. 4. ausdrücklich vorgeschrieben[35]. Gewissensvertretung statt des Diffessionseides ist, wie im ordentlichen Processe, so auch hier unzulässig[36]. Ebensowenig wird der Beklagte zur diffessio quoad contenta gelassen[37]. Will der Kläger die Diffession verhindern, so muß er vor

---

ficium ordinis — s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 227 not. 25. — leidet auf den Executivproceß keine Anwendung, da das Erbieten zur Diffession der vom Gläubiger producirten Bürgschaftsurkunde keine Erklärung über die Thatsache der Verbürgung, sondern nur über die Aechtheit der Urkunde enthält. So hat das Ober-Appell.-Gericht nach Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1855 N. F. III, 18. p. 67 fg. u. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. XIV. p. 128 fg. mit Recht sich ausgesprochen.

27 Erl. Pr.-O. Anhang §. 9.

28 Die Kosten einer solchen Ladung und des Termins werden demjenigen auferlegt, welcher sich zur Diffession erboten hatte, falls derselbe den Diffessionseid nicht leistet. Hommel Rhaps. Obs. 390. Biener l. l. §. 247. Kori l. l. §. 20. p. 48 fg.

29 Bei eigenen Documenten geschieht dieß de veritate, bei fremden de credulitate. Erl. Pr.-O. Anhang §. 9. Biener l. l. §. 246. Kori l. l. §. 28. Mehlen Summ. Pr. §. 36. Gett l. l. §. 15. p. 133 fg.

30 Erl. Pr.-O. l. l. Kori l. l.

31 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 268 bei not. 11. und die in dieser Note angeführten Gesetze und Schriften.

32 Erl. Pr.-O. XXV, 2. Mein Handbuch des Sächsischen ordentl. Pr. §. 268 u. 269.

33 Erl. Pr.-O. XXV, 4.

34 Erl. Pr.-O. l. l. Kori l. l. p. 51. not. 161.

35 Erl. Pr.-O. Anhang §. 9. verweist darauf ausdrücklich.

36 Alte Pr.-O. XXV, 2. Erl. Pr.-O. XXV, 4. Leyser Med. ad Pand. Sp. 277. med. 8. Pfotenhauer Doctr. Pr. §. 498. Kori Ordtl. Pr. §. 122. Volkmann System §. 151. p. 317. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 270 bei not. 12. Süptitz Summ. Pr. §. 47. Gett l. l. §. 15. p. 137.

37 Erl. Pr.-O. Anhang §. 9. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2. not. 11. p. 900. Ejusdem El. Proc. Execut. §. 27. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 229. P, IV. Obs. 77. Biener l. l. §. 246. Kori Executivproceß §. 28.

der Rechtskraft des Erkenntnisses, worin der Diffessionseid nachgelassen wird, oder wenn ein solches gar nicht vorausgegangen war, vor Leistung des Diffessionseides, auf den Executivproceß verzichten und nach vorgängiger Erstattung der vom Beklagten aufgewendeten Unkosten[38] ordentlich klagen[39]. Recognition des Documents durch Zeugen ist nach Sächsischem Rechte unstatthaft[40]. Ueber die Folgen der Leistung oder Verweigerung des Diffessionseides wird erkannt, und falls das Erkenntniß den Diffessionseid nachläßt, auf beide Fälle im Voraus Rücksicht genommen. Hat der Beklagte die Urkunden, worauf die Klage gestützt war, diffitirt, so wird der Kläger angebrachtermaaßen abgewiesen[41], und steht es ihm daher auch dann noch frei, seine Rechte im ordentlichen Processe mit anderen Beweismitteln[42] auszuführen[43].

---

p. 64. Süptitz Summ. Pr. §. 47. Seuffert Blätter für Rechtsanwendung IV. p. 48. Gett l. l. §. 15. p. 130 fg. Der Beklagte hat diese Exception in der Widerklage auszuführen. Erl. Pr.=O. Anhang §. 9. Erläuterung v. 3. März 1725. C. C. A. I. p. 269. auch in der Oberlausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824. §. 18. sub 1. Vergl. auch Gett l. l. §. 15. p. 135.

[38] Erl. Pr.=O. Anhang §. 9.

[39] Erl. Pr.=O. l. l. Berger l. l. §. 26. Biener l. l. §. 246. Kori l. l. §. 28. p. 65. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 270 bei not. 25. vgl. mit §. 168 u. das von v. Hartitzsch Entscheid. pract. Rechtsfr. No. 417. mitgetheilte Präjudiz des Ober=App.=Gerichts. Mehlen Summ. Pr. §. 36. not. 3. v. Bayer Summ. Pr. §. 47. p. 106. Gett l. l. §. 15. p. 138 fg. In dem neuen Processe kann er sich desselben Documents wieder bedienen und die Aechtheit desselben durch Zeugen beweisen. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Proceß 2c. IV. §. V. p. 185 fg. Biener l. l. Ist die Diffession bereits erfolgt, so kann er sich im ordentlichen Processe desselben Documents natürlich nicht wieder bedienen. Biener l. l. Volkmann l. l. §. 249. p. 202.

[40] Zwar ist dieselbe durch Erl. Pr.=O. im Anhange nicht ausdrücklich aufgehoben, allein die Absicht des Gesetzgebers geht aus dem ganzen Zusammenhange hervor. Berger Oec. Jur. IV, 24. Th. 14. El. Proc. Execut. §. 26. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 104. P. III. Obs. 88. Hommel Rhaps. Obs. 124. Gottschalk Disc. For. I, 38. p. 412 fg. Biener l. l. §. 247. Kori l. l. §. 28. p. 65 und das von v. Hartitzsch l. l. Nr. 417. mitgetheilte Präjudiz des Ober=Appell.=Gerichts. Vergl. auch Schaumburg Princ. Prax. Jurid. Jud. II, 2. §. 12. v. Grolman Theorie §. 243 am Ende. Süptitz Summ. Pr. §. 47. v. Linde Lehrbuch §. 363. not. 3.

[41] In diesem Falle wird wohl auch der Beklagte von der erhobenen Klage entbunden und losgezählt, ohne daß ihm deßhalb das Recht verloren geht, ordentliche Klage anzustellen. Die abweisende Formel ist jedenfalls zweckmäßiger.

[42] Mittermaier l. l. IV. §. V. p. 186. Gett l. l. §. 15. p. 137 fg. Sogar durch Eidesantrag. Hommel Rhaps. Obs. 397. Kori l. l. §. 28. p. 66. A. M. ist Leyser Med. ad Pand. Sp. 514. Der Beweis des Meineids ist nach allgemeinen Grundsätzen zuläßig. Mevius Decis. IV, 278. Mehlen l. l. §. 36. Süptitz l. l. §. 47. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 261 bei not. 10.

[43] Hommel Rhaps. Obs. 397. Kori l. l. §. 5. p. 10. §. 28. p. 63. §. 13. p. 113.

Die Kosten des Processes müssen nach erfolgter Diffession dem Diffitirenden vom Gegner in der Regel erstattet werden[44]. Macht der Beklagte im Verhörstermine gegen die Zuläßigkeit des Executivprocesses überhaupt, oder gegen die Beweiskraft oder Recognoscibilität der vom Kläger producirten Urkunden Einwendungen geltend, so werden die Parteien zum rechtlichen Verfahren verwiesen[45]. Von der Ausflucht der Fälschung wird unten die Rede sein[46].

§. 37.

Vom rechtlichen Verfahren im Executivprocesse.

Das Verfahren wird, wie im ordentlichen Processe, so auch im Executivprocesse in siebentägiger Frist abgesetzt[1]. Einer feierlichen Einlassung bedarf es hier nicht. Vielmehr vertritt die Erklärung des Beklagten über die vom Kläger bei der Klage inducirten und im Verhörstermine[2] producirten Urkunden, worauf die Klage gestützt ist, die Stelle der Einlassung[3]. Diese Erklärung muß der Beklagte spätestens im Duplikſatze am sechsten

---

[44] Erl. Pr.-O. Anhang §. 10. Gottschalk Disc. For. I, 20 und die dort angeführten Präjudizien des vormaligen Appell.-Gerichts. Biener l. l. §. 246. Obs. Kori l. l. §. 29. p. 68. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 199 bei not. 15. A. M. ist Hommel l. l. Obs. 390, indem er behauptet, daß in der Regel Compensation der Kosten eintreten müsse. Ausnahmen von der angegebenen Regel treten namentlich dann ein, wenn es zweifelhaft war, ob der Product zum Diffessionseide gelassen werden könne.

[45] Vorsichtig ist es hier, sich eventuell zum Diffessionseide zu erbieten. Erl. Pr.-O. XXV, 3 u. 4. Kori l. l. §. 20. p. 47. Denn werden die Ausstellungen später verworfen, so wird der Product der Diffession verlustig, falls er sich dazu nicht erboten hatte. Gett l. l. §.15. p. 128 fg. Kori l. l. Hat der Beklagte die Urkunde ohne Einwand recognoscirt, so bleiben Gründe, aus denen derselbe die Recognition hätte verweigern können, unberücksichtigt. Gett l. l. §. 15. p. 132.

[46] S. unten §. 37 bei not. 36.

[1] Compromisse auf Verlängerung des Septiduum sind ebenso zuläßig, wie im ordentlichen Processe. Kori Executivproceß §. 20. p. 49. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 224 u. 92.

[2] Vergl. oben §. 36. bei not. 13 fg.

[3] Claproth Summ. Pr. §. 168. Mehlen Summ. Pr. §. 34. Süpitz Summ. Pr. §. 47. v. Linde Lehrbuch §. 362. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ɔc. IV. §. V. p. 179 fg. Biener Syst. §. 246. An die Stelle der affirmativen Einlassung tritt also hier die Recognition, an die Stelle der negativen die Diffession der Klagurkunden. Denn indem der Beklagte über die Aechtheit der Klagurkunden sich erklärt, giebt er zugleich, soweit dieß hier nöthig ist, seine Erklärung über die vom Kläger behaupteten Thatsachen ab. v. Bayer Summ. Pr. §. 46. not. 1. Mittermaier l. l. p. 180. Gett Executivproceß §. 14. p. 120.

Tage des Verfahrens abgeben[4]. Dagegen muß sich der Beklagte im gemischten Executivprocesse auf diejenigen Punkte, bei welchen der Kläger zulässig Einlassung und Antwort gefordert hat[5], feierlich einlassen, widrigenfalls dieselben für zugestanden erachtet werden[6]. Die Exceptionen des Beklagten müssen spätestens im Duplikfatze[7] vorgeschützt werden und wenn sie des Beweises bedürfen[8], ohne Ausnahme, also sogar im gemischten Executivprocesse[9] entweder aus Acten oder anderen Urkunden[10] oder durch Geständniß des Klägers liquid sein[11]. Dilatorische Einre-

---

[4] Dieß beruht lediglich auf dem Gerichtsbrauche. Vergl. oben §. 36 bei not. 19 und diese Note selbst.

[5] Siehe oben §. 32.

[6] Erl. Pr.-O. Anhang §. 4 u. 7. Alte u. Erl. Pr.-O. XVI, 1.

[7] In der Erl. Pr.-O. §. 8 heißt es: „in ipso termino, bei der Recognition." Nichtsdestoweniger läßt der Gerichtsbrauch nach Analogie der Einlassung im ordentlichen Processe nicht nur die Erklärung über die Aechtheit der Urkunden — vergl. oben bei not. 4. — sondern auch die Vorschützung der Ausflüchte noch im Duplikfatze zu. Nach älterem Rechte mußte der Beklagte seine Ausflüchte mit Ausnahme der Ausflucht der Zahlung und der Compensation binnen 3 Wochen von Insinuation der Ladung angerechnet bei Verlust vorbringen und die Beweisurkunden bei Verlust beilegen. Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661. Tit. von Justizsachen §. 3. C. A. I. p. 195 fg. Decis. Elect. 2. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Dippoldiswalder Mandat v. 18. Februar 1691. §. 3. C. A. I. p. 1167. Die Erl. Pr.-O. Anhang §. 8 hob dieß auf. Privilegirte Ausflüchte — s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 236 u. §. 372 bei not. 7 — können auch hier noch während des Hülfsverfahrens vorgeschützt werden. Decis. Elect. 2. laud.

[8] Zu den Ausflüchten, welche keines Beweises bedürfen, gehört namentlich die Ausflucht der Verjährung, welche sogar von Amtswegen berücksichtigt werden muß. Const. Elect. 25. P. I. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Ebenso gehören hierher diejenigen Ausflüchte und sonstigen Einwendungen, welche aus den Klagurkunden selbst zu ersehen sind. Erledigung der Landesgebrechen v. 23. April 1612 Tit. von Justizsachen §. 19. C. A. I. p. 167 fg. Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661 Tit. von Justizsachen §. 4. C. A. I. p. 195 fg. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 292. Von der Ausflucht des nicht erfüllten Vertrags ist oben §. 32. not. 6 die Rede gewesen. Von der exceptio non numeratae pecuniae siehe unten bei not. 26.

[9] Berger El. Proc. Execut. §. 38 u. 42. Kori l. l. §. 25. p. 57. oben §. 33 u. unten §. 38 bei not. 20. Eine Ausnahme bildet jedoch der Fall im gemischten Executivprocesse, wenn der Beklagte den Klaggrund geläugnet hat, und dem Kläger der Beweis des auf Einlassung und Antwort gestellten Klagpassus auferlegt worden ist, wo dann der Beklagte die eventuell vorgeschützten nicht gegen den Anspruch des Klägers selbst, sondern nur gegen den auf Beweis gestellten Passus gerichteten Ausflüchte im indirecten Gegenbeweise ausführen kann. S. oben §. 33 bei not. 8 u. unten §. 38 bei not. 21.

[10] Zeugenrotuln sind dazu nicht geeignet. Biener l. l. §. 247. Kori l. l. §. 7 u. 23.

[11] Erledigung der Landesgebrechen v. 23. April 1612 Tit. von Justizsachen §. 19. C. A. I. p. 167 fg. Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661 Tit. von Justizsachen §. 3. 4 u. 5. C. A. I. p. 195 fg. Decis. Elect. 2 u. 12. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Erl. Pr.-O. Anhang

den, welche sich auf das Wesen des Processes überhaupt, oder auf die Zulässigkeit des Executivprocesses, oder auch auf den Mangel der für diesen Proceß vorgeschriebenen Formen beziehen, sind zulässig[12]. Gegen denjenigen Theil der Klagschrift, welcher im gemischten Executivprocesse auf Eid oder Beweis gestellt ist, müssen alle dilatorischen Einreden ohne Beschränkung zugelassen werden. Natürlich müssen diese Einreden, soweit sie des Beweises überhaupt bedürfen, in allen Fällen sofort liquid sein[13]. Die Erklärung über die Urkunden, deren sich der Kläger bedient hat, ist ihnen gegenüber nur eine eventuelle[14]. Liquide peremtorische Ausflüchte können auch im Executivprocesse als proceßhindernde vorgeschützt werden und Beklagter sich durch Geltendmachung derselben von der Verbindlichkeit zur Erklärung auf die Klagurkunden befreien[15]. Illiquide peremtorische Ausflüchte werden, wenn sie conner sind, oder einen Compensationsanspruch betreffen, zur Widerklage, im entgegengesetzten Falle zu besonderer Ausführung verwiesen[16]. Die Urkunden, womit der Beklagte

---

§. 8. Berger El. Proc. Execut. §. 37 fg. Dieß gilt auch von der exceptio spolii. Kori l. l. §. 23. Der Beweis der dem Beklagten zu Gebot stehenden Ausflüchte kann also hier weder durch Eidesantrag, noch durch Zeugen, Sachverständige, gerichtliche Besichtigung oder Erbieten zum Eide geführt werden. Gottschalk Disc. For. I. 28. p. 413 fg. u. III, 26. Biener l. l. §. 247. Kori l. l. u. das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 154 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts. Vergl. auch v. Bayer l. l. §. 46.

[12] Mehlen Summ. Pr. §. 34. Süptitz Summ. Pr. §. 48. v. Gönner Handbuch I, 7. §. 12. v. Bayer l. l. §. 46. p. 103. §. 47. p. 106. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. 2c. IV. §. V. p. 180. Gett Executivproceß §. 17. p. 141 fg. Biener l. l. §. 247. Kori l. l. Ueber die Einrede des fehlenden Kostenvorstands s. oben §. 34 am Ende. Kori l. l. §. 34.

[13] Biener l. l. Kori l. l. §. 23. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 234.

[14] Vergl. mein Lehrbuch §. 187. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 235. und über die Rathsamkeit der Beifügung der eventuellen Erklärung über die Urkunden im Falle der Bestreitung der Competenz schon nach gemeinem Rechte v. Bayer l. l. §. 46. not. 5 u. §. 47. p. 107. Mittermaier l. l. p. 181. Die exceptio fori incompetentis muß übrigens sofort im Termine vorgeschützt werden, damit nicht eine stillschweigende Prorogation vorausgesetzt werden kann. Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 132 bei not. 6.

[15] Kori l. l. §. 24. A. M. sind ohne Grund Wernher Obs. For. P. VIII. Obs. 352. Berger Elect. Proc. Execut. §. 32. Biener l. l. §. 247. Volkmann l. l. §. 250. p. 204.

[16] S. oben §. 20 u. 29. Eine Ausnahme von der im Texte angegebenen Regel s. oben §. 29. not. 5. Hätte der Beklagte den Eid angetragen und der Kläger denselben entweder ausdrücklich angenommen oder zurückgegeben, so müßte darauf erkannt werden. Seyffert Blätter für Rechtsanwendung IV. p. 156. Gett l. l. §. 14. p. 125. not. 11.

seine Exceptionen beweisen will, müssen den allgemeinen Erfordernissen der Urkunden im Urkundenprocesse ebenfalls entsprechen[17]. Documenta guarentigiata werden nur zum Beweis der Ausflucht der Compensation erfordert[18]. Indiscret dürfen die Urkunden, deren sich der Beklagte bedient, nur dann sein, wenn die Urkunden, auf welche die Klage gestützt ist, diese Eigenschaft ebenfalls haben. War dieß nicht der Fall, so sind indiscrete Urkunden in der Regel nicht, discrete aber nur dann von Nutzen, wenn der Anspruch des Klägers dadurch entkräftet wird[19]. Der Beklagte hat die Urkunden, auf welche er seine Exceptionen stützt, oder mittelst deren er den klägerischen Anspruch unmittelbar widerlegen will, sofort im Verhörstermine, oder doch spätestens in der Duplik im Originale zu produciren[20]. Edition kann er nur insoweit fordern, als sich die Urkunden im Gewahrsam des Proceßgerichts befinden[21]. Der Kläger hat sich über die producirten Urkunden sofort zu erklären. Verweigert derselbe die Recognition einer zu diesem Zwecke beigebrachten Privaturkunde, so ist sie deßhalb nicht für recognoscirt zu achten, da er zur Recognition nicht sub praejudicio aufgefordert war. Vielmehr wird die Entscheidung in solchem Falle von der Recognition oder Diffession abhängig gemacht[22]. Erbietet sich aber der Kläger sofort im Termine zur Diffession der vom Beklagten in diesem Termine producirten Urkunden, so kann mit der Abnahme des Diffessionseides nach Ermessen des Richters entweder sofort, beziehendlich in einem zu diesem Zwecke noch vor der Entscheidung anberaumten Diffessionstermine verfahren, oder die Entscheidung über den Diffessionseid zum Erkenntnisse ausgesetzt werden. Die Leistung dieses Eides kann der Beklagte ebenso verhindern, wie dieß dem Kläger gestattet ist, also seiner Ausflucht entsagen und die Aus-

[17] S. oben §. 21. Namentlich müssen sie voll beweisen. Künstlicher Beweis und bloße Wahrscheinlichkeitsgründe bleiben ganz unberücksichtigt. S. das im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1841. I, 5. p. 29 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[18] S. oben §. 22 bei not. 4.

[19] S. oben §. 23. not. 6. Der Anwendbarkeit der Regel: „pluralitas non praesumitur" im Executivprocesse stehen erhebliche Bedenken entgegen.

[20] Vergl. Berger El. Proc. Execut. §. 39.

[21] Vergl. oben §. 34 bei not. 9. 10 u. 11. Gett l. l. §. 14. not. 10. p. 125.

[22] Weil der Kläger aber die Recognition im Verfahren hätte bewirken können, so wird er für den Fall der Recognition in die Terminskosten verurtheilt. Biener l. l. §. 247. Kori l. l. §. 20. p. 48.

flucht zur besonderen Ausführung in der Widerklage sich vorbehalten[23]. Läugnet der Beklagte im gemischten Executivprocesse, daß Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt habe, aus welchem geklagt worden ist, so muß er, wenn darauf Rücksicht genommen werden soll, die Punkte einzeln anführen, in denen der Kläger seinen contractlichen Obliegenheiten nicht nachgekommen sein soll[24]. Der Beweis, daß in diesen Punkten der Vertrag erfüllt worden sei, liegt dann in der Regel dem Kläger ob[25]. Die sogenannte[26] Ausflucht des nicht bezahlten Geldes[27] soll wider klare Brief und Siegel[28] gar nicht Statt

---

[23] S. oben §. 36 bei not. 39. Kori l.l. §. 28. p. 65. Dann wird der Beklagte unter Vorbehalt der Widerklage verurtheilt.

[24] Vergl. oben §. 32. not. 6 u. §. 34. not. 16.

[25] Vergl. oben not. 6. §. 32. not. 6 u. §. 34. not. 16. vergl. mit Berger El. Pr. Execut. §. 30. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 149 u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 229. not. 7.

[26] Dieses Anführen verdient den Namen einer Ausflucht deßhalb nicht, weil der Beklagte darin nur die Wahrheit der zu Begründung der Klage wesentlich gehörigen und vom Kläger sofort liquid gemachten thatsächlichen Behauptung läugnet, daß der Kläger das Geld, dessen Rückzahlung derselbe fordert, dem Beklagten bezahlt habe. Den Beweis der Negative muß hier der Beklagte deshalb führen, weil die entgegenstehende real bejahende Behauptung bereits vom Kläger durch Urkunden bewiesen ist. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 229. 247 u. 248. meine Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. VII, 2. p. 41. v. Bayer l. l. §. 46. not. 1. Dieser Beweis der Negative muß im Urkundenprocesse natürlich durch Urkunden geführt werden. Geschah dieß nicht, so steht dem Beklagten noch die directe Widerklage offen. Erl. Pr.-O. Anhang §. 8 u. 4. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 248. not. 5 u. oben §. 29 bei not. 6.

[27] Diese sogenannte Ausflucht ist übrigens auf den Fall zu beschränken, wenn jemand vor dem Empfange über ein Darlehn oder über eine Mitgift quittirt hat und beruht auf der Voraussetzung, daß die Bescheinigung des Empfangs im Voraus und in der Erwartung unterschrieben worden sei, die Zahlung werde noch erfolgen. Vergl. const. 5. Cod. de non numer. pecun. IV, 30. Glück Comm. XII. §. 788. p. 174 fg. Bauer Erläuterung der Decisionen v. J. 1746. Dec. 23. §. 3. Curtius Handbuch §. 1328. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 284. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1844. IV, 1. p. 1 fg. 1856 N. F. IV, 19. p. 119. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 241 fg. XIV. p. 257. Vergl. noch const. 14. pr. §. 1. Cod. de non num. pec. IV, 30.

[28] Dieß gilt also nur von klaren Brief und Siegeln, keineswegs von Quittungen. Schwarze in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge II, 20. p. 332 fg. Gottschalk ebendaselbst. Neue Folge III, 1. p. 12 fg. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 335. Jedoch verjährt bei diesen die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes in 30 Tagen const. 14. §. 2. Cod. de non numer. pecun. IV, 30. Kind Quaest. For. IV, 56. p. 286. Vergl. noch über den Fall des Betrugs fr. 5. §. 6. Dig. de doli mali et metus except. XLIV, 4. Wernher Obs. For. P. II. Obs. 353. Kind l. l. Mithin beweist eine noch nicht 30 Tage alte Quittung nicht, sobald der Gegner die exceptio non numeratae pecuniae entgegensetzt. Ebenso wenig beweist eine ältere Quittung, wenn die 30tägige Verjährung unterbrochen worden ist.

haben, sie müßte denn durch Urkunden oder Geständniß des Klägers sofort liquid, also der directe Gegenbeweis sofort geführt sein[29]. Die Exceptio spolii ist zulässig, muß aber ebenfalls sofort liquid gemacht werden[30]. Auf gleiche Weise bleibt die Ausflucht des Wuchers[31], des Spiels oder der Wette[32], unbe-

---

Ueber die Frage, ob dazu außergerichtliche denunciatio hinreiche, s. vorzüglich Schwarze l. l. p. 330 fg., welcher diese Frage dem Gerichtsbrauche entgegen aus haltbaren Gründen bejaht. Vergl. Novell. 100. cap. 1.

[29] Erl. Pr.-O. Anhang §. 8. v. Hartitzsch l. l. No. 288. Vergl. auch Decis. Elect. 23. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg., wo bestimmt wird, daß diese Ausflucht, wenn Eidesantrag oder Zeugenbeweis gebraucht wird, 5 Jahre lang, wenn dagegen der Beweis durch Urkunden geführt wird, jederzeit statthaft sei. S. Gottschalk in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. III, 1. p. 15 fg. Von Quittungen gilt dieß nicht. Vergl. const. 14. §. 2. Cod. laud. Hommel Rhaps. Obs. 250. Bauer l. l. Decis. 23. Curtius Handbuch IV. §. 1634. v. Hartitzsch l. l. No. 335. Gottschalk l. l. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 32. p. 86 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. II, 278. p. 159 fg. Wird diese sogenannte Ausflucht in der Widerklage ausgeführt, d. h. voll bewiesen, so wird der Widerbeklagte in gleicher Weise gestraft, wie im gemischten Executivprocesse der Beklagte, wenn er einen der auf Einlassung und Antwort gestellten Punkte frivol geläugnet hat. Erl. Pr.-O. Anhang §. 8 und oben §. 30. S. noch Berger El. Pr. Exec. §. 43. Küstner zu Griebners Discurs zur Erl. Pr.-O. Anhang. §. 8. not. 100. Gottschalk Disc. For. III, 26. p. 344 fg. Kori l. l. §. 25. p. 57. v. Hartitzsch l. l. No. 284 fg. Ueber das gemeine Recht s. besonders v. Gönner Handbuch IV, 77. Weber Beiträge zur Lehre v. Kl. u. Einr. I, 9. p. 91 fg. Struben Rechtl. Bedenken II, 386. p. 172 fg. Glück Comm. XII. §. 788. p. 174 fg. Gett l. l. §. 19. p. 154 fg. Unterholzner die Lehre von den Schuldverhältnissen §. 224. G. F. Puchta Pandecten §. 287 u. 305. Dessen Vorlesungen II. p. 134 u. 150 fg. Göschen Vorlesungen §. 444. Gneist, die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts, Berlin 1845. p. 29 fg. Durch Verzichtleistung auf die exceptio non numeratae pecuniae in der Haupturkunde selbst geht diese Ausflucht nicht verloren. Siehe die in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IV. p. 468 fg. XIV. p. 257. u. von Ackermann Rechtssätze N. F. II, 249. p. 85 fg. IV, 551. p. 105 fg. V, 733. p. 307 fg. mitgetheilten Entscheidungen des Ober-Appell.-Gerichts. Hat aber der Aussteller in einer später ausgestellten besonderen Urkunde den Empfang nochmals bekannt, so fällt die Ausflucht ganz weg. Glück l. l. XII. §. 787. p. 151 fg. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. IV. p. 468 fg. XIII. p. 241 fg. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Aussteller später eine Abschlagszahlung geleistet hat. Const. 4. Cod. de non num. pec. IV, 30. v. Hartitzsch l. l. No. 286. Vergl. noch Wernher l. l. P. V. Obs. 246. Ueber die sogenannte Ausflucht des nur theilweise gezahlten Geldes s. const. 9. Cod. de non num. pec. IV, 30. v. Hartitzsch l. l. No. 287.

[30] Carpzov Jur. For. I, 6. def. 4. Wernher l. l. P. IV. Obs. 111. Leyser Med. ad Pand. Sp. 506. med. 2. v. Hartitzsch l. l. No. 386. Zur Widerklage eignet sich diese Ausflucht nicht. S. oben §. 29. not. 10.

[31] Torgauer Ausschreiben v. 8. Mai 1583. C. A. I. p. 137 fg. Vom Wucher rc. Mandat v. 21. Octbr. 1609. C. A. I. p. 1055 fg. Hommel Rhaps. Obs. 603. Kori l. l. §. 25. p. 58. Die Verzichtleistung auf diese Ausflucht ist ungültig. Leyser l. l. Sp. 246. med. 8. Hommel l. l. Obs. 603. v. Hartitzsch l. l. No. 483.

[32] Mandat wegen der Hazard- und anderer hoher Spiele v. 20. December 1766. sub VI fg. C. C. A. I. p. 917 fg. Indeß hat die Ausflucht der Wette

rücksichtigt, falls sie nicht durch Urkunden sofort liquid gemacht worden ist; indeß muß der Kläger in solchem Falle, wenn er Ausländer oder unangesessen ist, das Proceßobject deponiren lassen, oder Sicherheit leisten[33]. Beweist der Beklagte, daß er zur Zeit der Ausstellung des Schulddocuments noch nicht mündig gewesen, so wird der Kläger mit seiner Executivklage auch dann abgewiesen, wenn sich der Unmündige in der Urkunde ausdrücklich für majorenn ausgegeben hat[34]. In solchem Falle muß der Kläger den Beweis, daß er durch die von dem Unmündigen auf ausdrückliches Befragen geschehene unrichtige Altersangabe fälschlich inducirt worden sei, im ordentlichen Processe führen[35]. Die Ausflucht der Fälschung hemmt den Executivproceß nicht, es müßten denn starke Anzeichen dafür vorliegen, in welchem Falle die Civilsache sistirt und zuvörderst mit Einleitung der Criminaluntersuchung verfahren werden muß[36]. In Betreff der den liquiden Exceptionen entgegenstehenden Repliken, sowie der Dupliken ꝛc. gelten die nämlichen Grundsätze[37]. Beabsichtigt der Beklagte, Widerklage zu erheben, oder ist dies bereits ge-

---

überhaupt nur dann Werth, wenn sie sich auf eine zu hohe, unehrliche oder beim Spiel vorgekommene Wette bezieht. Vergl. Polizei-Ordnung v. 22. Juni 1661. Tit. VIII. C. A. I. p. 1561 fg. Carpzov Jur. For. II, 19. def. 18. Berger Oec. Jur. III, 3. Th. 6. not. 3. Leyser l. l. Sp. 127. Klien in Zachariä's Annalen II, 12. p. 173 u. 177. Freiesleben Diss. de sponsionibus, Lips. 1822. Curtius Handbuch §. 1563. Haubold Lehrbuch §. 295. not. 2. v. Hartitzsch l. l. No. 474. Schwarze u. Heyne Untersuchung pract. wicht. Materien V. p. 84 fg. So hat auch das Ober-Appell.-Gericht 1842 erkannt. S. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1841. I, 77. p. 253 fg. Vergl. auch Glück l. l. XI. §. 761. p. 352 fg.

[33] S. die oben not. 31 u. 32 angez. Gesetzstellen.

[34] Von Kauf- und Handelsleuten gilt dieß nicht. Mandat v. 31. December 1827. §. 7. G. S. v. 1828. p. 4 fg.

[35] Angez. Mandat v. 31. Decbr. 1827. §. 1 fg. vergl. mit Mandat v. 21. April 1724. §. 4. C. A. III. p. 523. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 2. not. 8. v. Hartitzsch l. l. No. 271.

[36] Decis. Elect. 88. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Biener l. l. §. 247. Gett l. l. §. 15. p. 135. Vergl. auch die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XV. p. 157 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts, wo ausgesprochen wird, daß die Frage, ob die Verdachtsgründe erheblich seien und deßhalb Sistirung des Civilprocesses anzuordnen sei, auch dann, wenn der Criminalrichter auf Denunciation Criminaluntersuchung eingeleitet hat, der selbständigen Prüfung und Beschlußfassung des Civilrichters unterliege. Dasselbe gilt bei anderen Betrügereien, Kritz Samml. von Rechtsfällen. I. p. 344 fg. v. Hartitzsch l. l. No. 182. Ueber die Zulässigkeit von Ausflüchten gegen die aus Hypothekenbriefen angestellten Executivklagen siehe Gesetz v. 6. Novbr. 1843. §. 76 fg. vergl. mit §. 23 u. 24.

[37] Vergl. oben §. 20. v. Bayer l. l. §. 47. p. 107 u. not. 9. Mittermaier l. l. IV. §. V. p. 187. Gett l. l. §. 21. p. 168 fg.

schehen und wünscht derselbe, daß er im Fall der Verurtheilung zur Deposition des Objects der Executivklage zugelassen, oder doch Kläger zur Sicherheitsleistung angehalten werden möchte, so trägt er darauf zweckmäßig im Verfahren an, damit im Erkenntnisse darüber mit entschieden wird [38]. Nach Absetzung des Verfahrens werden die Acten inrotulirt und entweder zum Verspruch versendet, oder das Erkenntniß vom Proceßgericht selbst gefällt. Intervention ist dritten Personen nur dann gestattet, wenn sie im Stande sind, ihre Rechte durch Urkunden sofort liquid zu machen [39]. Zur Litisdenunciation ist der Beklagte im Executivprocesse gar nicht, sondern erst in der Widerklage wirklich verpflichtet [40]. Nennung des Urhebers ist natürlich zulässig [41]. Von der Ertheilung des Armenrechts gelten die allgemeinen Grundsätze [42].

§. 38.

Vom Erkenntnisse im Executivprocesse.

Das Erkenntniß im Executivprocesse ist zwar an sich nur provisorischer Natur [1], allein in der Regel ein feierliches [2] und zwar für den Executivproceß definitives [3]. Namentlich wird im einfachen Executivprocesse auf Beweis und Gegenbeweis niemals interloquirt [4]. Sind die Voraussetzungen nicht vorhanden, unter denen nach den im Executivprocesse geltenden Grundsätzen

---

[38] Kori l. l. §. 20. p. 50 u. unten §. 39. not. 7.

[39] Hommel Rhaps. Obs. 452 u. 575. Kori l. l. §. 36. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 188 bei not. 8. Denn sonst würde der Executivproceß in den ordentlichen umgewandelt werden. Es kann also auf Beibringung der Sachlegitimation des Intervenienten nicht erkannt werden. So hat das Ober-App.-Gericht 1838 erkannt. Indeß kann der Hauptintervenient in denjenigen Fällen auch andere Beweismittel brauchen, wo dieß nach dem oben §. 32 sub a. b. c. und d. Gesagten dem Kläger gestattet ist. Kori l. l. §. 36.

[40] Kori l. l. §. 36. Doch ist es in der Regel rathsam, schon im Executivprocesse den Streit anzukündigen, um den Proceß über die Widerklage zu ersparen. Vergl. hierzu die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII. p. 454 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts.

[41] Denn die Nennung des Urhebers ist eine sofort liquide Ausflucht. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 194.

[42] Kori l. l. §. 35. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 200.

[1] S. oben §. 20.

[2] In geringfügigen und Bagatellsachen wird das Erkenntniß in Form eines Decisum gefällt. Befehl v. 15. Novbr. 1780. C. II. C. A. I. p. 379 in der Ober-Lausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824. §. 18 sub 20. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 41. Vergl. unten §. 79 u. 94. vergl. mit §. 74.

[3] Erl. Pr.-O. Anhang §. 9.

[4] Denn der Beweis muß hier anticipirt sein. S. oben §. 18. not. 7.

dieser Proceß zuläßig ist, oder stehen der Klage begründete und liquide dilatorische Einreden entgegen, oder wird der Anspruch des Klägers durch begründete und liquide peremtorische Ausflüchte oder Dupliken elidirt[5], oder hat der Beklagte die Unächtheit der Privaturkunden, auf welche die Klage gestützt ist, durch den Diffessionseid bekräftigt, so wird der Kläger angebrachtermaaßen abgewiesen[6]. Im entgegengesetzten Falle und wenn die Voraussetzungen zum Executivprocesse vorhanden, dilatorische Einreden vom Beklagten nicht vorgeschützt, oder nicht liquid gemacht oder durch sofort liquide Repliken entkräftet sind, auch sonst vom Richter von Amtswegen nicht berücksichtigt werden müssen, sowie wenn die Urkunden, auf welche die Klage sich stützt, keines Anerkenntnisses bedürfen, oder vom Beklagten ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt worden sind, peremtorische Ausflüchte aber entweder nicht vorgeschützt, oder zwar vorgeschützt, aber nicht liquid gemacht, oder doch durch sofort liquide Repliken elidirt sind, wird der Beklagte verurtheilt[7]. Auch können beide Arten der Entscheidung in einem und demselben Erkenntnisse zugleich vorkommen[8]. Die Abweisung des Klägers sowohl, als die Verurtheilung des Beklagten können von der Leistung eines Diffessionseides[9] oder von Beibringung der Activlegitimation[10] abhängig gemacht, also bedingt sein. In solchem Falle wird nicht bloß auf den Eintritt der Bedingung, sondern auch auf den Nichteintritt

---

5 Nach Biener Syst. §. 248 soll hier der Beklagte entbunden und losgezählt werden. Dieß steht aber mit dem oben §. 20 angegebenen allgemeinen Grundsatze in Widerspruch und ist es daher richtiger, auch hier angebrachtermaaßen abzuweisen. Vergl. Berger El. Proc. Execut. §. 48 u. 49. Kori l. l. §. 19. p. 68. not 210. Volkmann l. l. §. 251. p. 210 u. not. g. daselbst.

6 Schlechterdings wird in diesem Processe niemals abgewiesen. S. oben §. 20.

7 Auch diese Verurtheilung ist nur provisorisch. S. oben §. 20. Dieselbe wird auch dann nöthig, wenn der Beklagte die Urkunden, deren sich der Kläger bediente, pure recognoscirt und Einwendungen nicht vorgebracht hat. Ueber das gemeine Recht s. v. Bayer Summ. Pr. §. 47. not. 1.

8 Leyser Med. ad Pand. Sp. 276. med. 3. Kori l. l. §. 29. p. 68.

9 Vergl. oben §. 36 nach not. 30. u. §. 37 bei not. 22. u. über die Kosten eines solchen Termins oben §. 36. not. 28.

10 Darauf kann allenfalls auch interloquirt werden. Vergl. oben §. 24 bei not. 7. Dieß geschieht jedoch in der Regel nicht. Biener l. l. §. 248. not. 1. Kori l. l. §. 12. not. 85. u. §. 29. p. 66. Die Passivlegitimation muß stets aus Urkunden liquid sein. Nur in einem Falle kann der sie betreffende Klagpassus auf Eid oder Beweis gestellt werden. S. oben §. 32 bei not. 12.

derselben im Voraus Rücksicht genommen[11]. Ist das Erkenntniß verurtheilend, so soll darin jedesmal das Quantum des schuldigen Capitals, wie überhaupt die Leistung, zu welcher der Beklagte verurtheilt wird, sowie nach Befinden die Zeit, von welcher die Zinsen oder das Interesse morae zu rechnen, deutlich exprimirt und wenn dieß nicht geschehen ist, der Verzug von Zeit der erhobenen Klage an gerechnet werden[12]. Hat der Beklagte auf Deposition des Proceßobjects angetragen, so muß auch darüber erkannt werden[13]. Illiquid gebliebene Ausflüchte oder Dupliken werden zur Widerklage, oder nach Befinden zu Anstellung besonderer Klage, Repliken dagegen zu besonderer Ausführung verwiesen, gehen aber, wenn dieß im Erkenntniß nicht geschehen sein sollte, oder wenn sie im Executivprocesse gar nicht vorgeschützt worden waren, deßhalb nicht verloren[14]. Der Urkundenbeweis muß in allen Fällen voll geführt sein[15]. Daher wird auf den Nothheid im einfachen Executivprocesse nicht erkannt[16]. Hatte übrigens in dieser Proceßart eine Partei unzuläßiger Weise über eine behauptete Thatsache den Eid angetragen und die Gegenpartei diesen Eid ausdrücklich angenommen oder zurückgegeben, so muß auf Leistung desselben erkannt werden, da in solchem Falle die Entscheidung der Rechtssache von der Eidesleistung vergleichsweise abhängig gemacht worden ist[17].

---

11 Biener l. l. Kori l. l. Ueber das gemeine Recht s. Gett Executivproceß §. 22. p. 170.

12 Erl. Pr.-O. Anhang §. 10. Biener l. l. Auf „erweisliche" Schäden kann also im Executivprocesse nicht erkannt werden. Eben so wenig ist nach Anstellung der Executivklage gesonderte Einklagung der Schäden nach allgemeinen Grundsätzen zuläßig. S. mein Lehrbuch §. 182. not. 6. Kann also der Kläger die Schäden durch Urkunden nicht liquid machen, so muß er, um den Schädenanspruch nicht zu verlieren, statt der Executivklage ordentliche Klage erheben. Vergl. Kori l. l. §. 30. Volkmann l. l. §. 251. not. h. p. 210 fg. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 538.

13 Kori l. l. §. 29. p. 69.

14 Kori l. l. §. 29. p. 69 fg. und die dort angeführten Präjudizien des vormaligen App.-Gerichts. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis III, 36. p. 203. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1842. II, 10. sub 15. p. 58.

15 S. oben §. 21 bei not. 15.

16 Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. V. p. 188. Gett l. l. §. 22. p. 170. Biener l. l. §. 243. Kori l. l. §. 27 am Ende u. §. 29. p. 70. Nur im gemischten Executivprocesse kann der Nothheid in Betreff der auf Beweis gestellten Klagpunkte vorkommen. Biener l. l. Kori l. l. §. 32. p. 76. und unten bei not. 23.

17 Kori l. l. §. 27. p. 62 fg. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 258. not. 7. §. 262. not. 4.

Im gemischten Executivprocesse gelten zwar im Allgemeinen dieselben Grundsätze. Ist indeß in dieser Proceßart eine von denjenigen thatsächlichen Behauptungen, welche durch andere Beweismittel bewiesen werden dürfen, streitig geblieben, so wird entweder auf den in der Klagschrift selbst darüber angetragenen, vom Beklagten angenommenen oder zurückgegebenen Eid erkannt, oder auch, wenn derselbe in der Klagschrift nicht angetragen war, unter Ausschließung dieses Beweismittels [18] auf Beweis interloquirt, in welchem Falle der Executivproceß sistirt und das Beweisverfahren in Form des ordentlichen Processes abgesetzt wird [19]. Dem Beklagten kann nach der eigenthümlichen Natur des Executivprocesses der Beweis seiner peremtorischen Ausflüchte auch dann nicht auferlegt werden, wenn diese Ausflüchte lediglich auf den in der Klagschrift auf Eid oder Beweis gestellten Passus sich beziehen und der Beklagte diesen Passus entweder einräumte, oder zwar läugnete, aber den ihm darüber angetragenen Eid zurückgab [20]. Nur in dem Falle können solche illiquide peremtorische Ausflüchte des Beklagten im gemischten Executivprocesse ausnahmsweise zur Ausführung im Gegenbeweise gelangen, wenn dem Kläger im ersten Erkenntnisse der Beweis des illiquiden Klagpassus auferlegt worden ist [21]. Doch können derartige Ausflüchte nach der Eventualmaxime [22] auch in diesem Falle nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie der Beklagte bereits im ersten Verfahren vorgeschützt hatte. Auf den Notheid kann im gemischten Executivprocesse in Betreff des auf Beweis gestellten Klagpunkts ebenso erkannt werden, wie dieß bei der Beweisführung im ordentlichen Processe der Fall ist [23]. In geringfügigen und

---

[18] Denn hier gelten die Regeln des ordentlichen Processes. Vergl. oben §. 33 bei not. 2 u. 9. u. §. 34 bei not. 16.

[19] Kori l. l. §. 29. Nach abgesetztem Beweis- und Gegenbeweisverfahren wird also definitiv erkannt, auch in dem Falle, wenn der Kläger den Beweis der auf Einlassung und Antwort gestellten thatsächlichen Behauptungen nicht geführt, oder Beklagter diesen Beweis durch darauf allein bezügliche Ausflüchte im indirecten Gegenbeweise in der Wirkung entkräftet hat, der Beklagte von der Klage entbunden und losgezählt. Doch kann auch dann noch die Abweisung der Klage in angebrachter Maaße nöthig werden. Biener l. l. §. 243. not. 4. Kori l. l. §. 32 am Ende.

[20] S. oben §. 37 bei not. 9. u. §. 33 am Ende.

[21] S. oben §. 37 not. 9.

[22] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 53.

[23] Biener l. l. §. 243. Kori l. l. §. 32. p. 76. u. oben not. 16.

Bagatellsachen gelten zum Theil abweichende Grundsätze, von denen unten die Rede sein wird[24].

§. 39.

Von den Rechtsmitteln, der Hülfsvollstreckung und den Proceßkosten im Executivprocesse.

Gegen das Erkenntniß sowohl, als gegen das Verfahren im einfachen und gemischten Executivprocesse finden die gewöhnlichen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel Statt[1]. Die Suspensivkraft der Ersteren ist nicht beschränkt[2]. Nach Eintritt der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses wird auf Antrag des Klägers ohne Weiteres[3] mit der Execution verfahren[4]. Von der Widerklage[5] und der Deposition des Gegenstands der Widerklage zur Sicherstellung des Widerklägers[6] ist oben die Rede gewesen[7].

Die Kosten des Executivprocesses hat in der Regel und wenn nicht besondere Zweifel in der Sache liegen, der unterliegende Theil, also der verurtheilte Beklagte oder der abgewiesene Kläger zu tragen[8]. Bei gemischten Erkenntnissen findet in der Regel Kostencompensation Statt[9]. Dem verurtheilten Wider-

---

[24] Kori l. l. §. 27. p. 62. Haubold geringfügige Rechtssachen. §. 41 u. 92 bis 94. Vergl. unten §. 74. 76 fg. u. 83 fg.

[1] In geringfügigen Executivsachen ist der Gebrauch der Rechtsmittel allerdings beschränkt. S. unten §. 80 u. 95. Auch müssen im Executivprocesse die Grundsätze von der appellabeln Summe berücksichtigt werden. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 330. Ueber das gemeine Recht s. Gett Executivproceß §. 23. p. 185 fg.

[2] Vergl. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proc. ꝛc. IV. §. V. p. 188.

[3] Schon früher bedurfte es hier keines Berechnungstermins. Anhang der Erl. Pr.-O. §. 10. Kori Executivproceß §. 33. Ueber das gemeine Recht s. Gett l. l. §. 24. p. 190 fg.

[4] Erl. Pr.-O. Anhang §. 10.

[5] S. oben §. 29 u. 30.

[6] S. oben §. 20 am Ende und §. 29.

[7] Hat der Beklagte auf Zulassung der Deposition des Proceßobjects zu seiner Sicherstellung vor dem Erkenntnisse nicht angetragen, so kann darüber ein Incidentverfahren in Form des unbestimmten summarischen Processes nöthig werden. Vergl. oben §. 37 bei not. 38.

[8] So hat das Ober-Appell.-Gericht 1838 erkannt. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 199. Hommel Rhaps. Obs. 133.

[9] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 199 bei not. 7.

beklagten wird die Erstattung der in der Vorklage dem Widerkläger aufgelaufenen Unkosten auferlegt[10].

Fünftes Capitel.

Vom Executionsprocesse.

§. 40.

Vom Executionsprocesse im Allgemeinen.

Sind die Urkunden, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt, zwar keine rechtskräftigen Erkenntnisse oder proceßgerichtlichen Vergleichsprotokolle[1], aber sämmtlich wenigstens formell öffentliche[2], den Erfordernissen klarer Brief und Siegel entsprechende Documente[3], aus denen der thatsächliche Grund des Anspruchs des Klägers vollständig erhellt, so kann der Berechtigte diesen seinen Anspruch in Form des Executionsprocesses[4]

---

[10] S. oben §. 30 bei not. 16. Die Extrajudicialien mußten schon nach früherem Rechte bei Verlust vor der Inrotulation der Acten liquidirt werden. Erl. Pr.-O. Anhang §. 10.

[1] Denn aus solchen ist der Antrag auf Einleitung des Hülfsverfahrens beim Proceßgerichte zulässig. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 349. Bei anderen Gerichten würde nur die actio judicati im Wege des Executionsprocesses angestellt werden können. S. darüber mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 349. not. 9.

[2] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 266 bei not. 20. Daher ist die Executionsklage zuzulassen, wenn auch die Recognition des Privatdocuments, aus welchem geklagt wird, aus irgend einem anderen gerichtlichen Protocolle sich ergiebt. So hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1843 erkannt. Natürlich muß aber in diesem Falle dem Beklagten nicht nur die Abschrift der Privaturkunde, sondern auch die Abschrift derjenigen Urkunde zugefertigt werden, aus welcher die erfolgte Recognition hervorgeht. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 30. p. 102 fg. Ueber Executionsproceß aus Geständnissen, welche der Beklagte in einer Criminaluntersuchung abgelegt hat, s. die im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1854 N. F. II, 29. p. 121 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts, über die Beweiskraft gerichtlich beglaubter Folienextracte und Recognitionsscheine Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 134 fg.

[3] S. oben §. 21 u. 22. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 90. p. 313 fg.

[4] Gesetz das Verfahren bei Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in privatrechtlichen Streitigkeiten und den Executionsproceß betreffend vom 28. Februar 1838. §. 86 fg. Beck das Executionsgesetz v. 28. Februar 1838, Leipzig 1839. Volkmann System §. 260. p. 255 fg. Siebenhaar in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII, 9. p. 481 fg. Auch das ältere Sächsische Recht kennt diesen Proceß. Gross Diss. jur. Saxon. de processu executionis, Lipsiae 1803. Indeß ist derselbe durch das angez. Gesetz wesentlich umgestaltet worden. Ueber Anwendung des Executionsprocesses auf Administrativjustizsachen s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1849. IX, 112. p. 398 fg.

verfolgen[5]. Darauf, ob diese öffentlichen Urkunden im In- oder Auslande nach den am Orte der Ausfertigung bestehenden gesetzlichen Normen gefertigt sind, kommt nichts an[6]. Auch ist es gleichgültig, ob die Behörde, von welcher die öffentliche Urkunde herrührt, eine Justiz- oder Administrativbehörde, oder sonst eine Person ist, welche ihrer öffentlichen Stellung nach zu Ausstellung öffentlicher Zeugnisse berechtigt ist[7]. Abschriften öffentlicher Urkunden sind auch zu Anstellung dieses Processes nur dann geeignet, wenn sie von derjenigen Behörde vidimirt sind, von welcher die Originalien herrühren[8]. Der Gebrauch von Privaturkunden ist wenigstens in der Klage[9], der Gebrauch anderer Beweismittel aber in allen Fällen und zwar auch dann ausgeschlossen, wenn die Gesetze oder der Gerichtsbrauch ausnahmsweise eine solche abweichende Beweisführung im Executivprocesse gestatten[10]. Von dem Hülfsverfahren unterscheidet sich der Executionsproceß dadurch, daß der Beklagte mit seinen etwaigen Einwendungen gegen den formirten Anspruch gehört, daß ihm also zu Vorbrin-

---

[5] Vergl. oben §. 19. Dieß gilt auch vor dem Leipziger Handelsgerichte, §. 42 des Gesetzes vom 28. Februar 1838 steht dem nicht entgegen. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1848 VIII, 48. p. 189 fg. Ueber die Erfordernisse der Klage in Auszugssachen s. Käuffer in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. N. F. VII, 8. p. 133 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849 IX, 94. p. 326 fg., über die Nothwendigkeit, in der hypothekarischen Klage den Besitz durch öffentliche Urkunden liquid zu machen, Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. VIII. p. 440, über die Nothwendigkeit sofortiger Activlegitimation Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 376.

[6] Beck l. l. §. 86. p. 89.

[7] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 266. not. 13 und hierzu Verordnung, die Erweiterung des Art. 34 der mit der K. Preußischen Regierung getroffenen Uebereinkunft über die Leistung gegenseitiger Rechtshülfe betr., v. 11. August 1854. Verordnung zu Bekanntmachung der mit der Großherz. Badischen Regierung getroffenen Uebereinkunft zur Beförderung der Rechtspflege v. 31. Juli 1855.

[8] Kori Executivproceß §. 7. sub 1. p. 15. Beck l. l. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 434. Dieß schon deßhalb, weil die von anderen Behörden oder von Notaren vidimirten Abschriften öffentlicher Urkunden wenigstens nicht voll beweisen, voller Beweis aber auch hier gefordert wird. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 267 bei not. 39. und oben §. 21 bei not. 18. Beck l. l.

[9] Zum Beweis von Ausflüchten genügen auch Privaturkunden. S. unten §. 43.

[10] Executionsgesetz §. 88. Beck l. l. p. 90. Indeß können diejenigen summarischen Erörterungen, welche im ordentlichen Processe nach Rechtskraft des verurtheilenden Enderkenntnisses noch zulässig sind und zum Hülfsverfahren gehören, auch im Executionsprocesse beantragt und angestellt werden. Vergl. Käuffer in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge VII, 8. p. 133 fg.

gung solcher Einwendungen Gelegenheit gegeben werden muß[11]. Dagegen weicht dieser Proceß vom Executivprocesse vorzüglich darin ab, daß es keiner Anerkennung der Urkunden bedarf, auf welche die Klage sich stützt, und daß daher zur Vollstreckung der Hülfe gegen den Beklagten ein Verhörstermin und eine vorausgegangene rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten nur dann erfordert wird, wenn der Letztere Einwendungen gegen den Anspruch wirklich geltend gemacht hat[12]. Die oben §. 19 fg. angeführten den Urkundenproceß überhaupt betreffenden allgemeinen Grundsätze gelten auch im Executionsprocesse. Diesem Letzteren eigenthümlich ist jedoch die gesetzliche Bestimmung, daß der Executionsproceß auch dann Anwendung leide, wenn der Gegenstand der Klage ein ganz geringfügiger ist[13].

§. 41.

Von der Executionsklage.

Die Klagschrift im Executionsprocesse wird in Form eines gewöhnlichen Hülfsgesuchs[1] bei dem Richter erster Instanz[2] übergeben. Dieser Klage müssen alle Urkunden, aus denen der Anspruch des Klägers vollständig erhellt[3], sofort im Originale[4]

---

[11] Executionsgesetz §. 91. Vergl. oben §. 32.

[12] Executionsgesetz §. 93.

[13] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 41. Zweifelhaft ist, ob diese Bestimmung sich nur auf die in der Eigenthümlichkeit des Executionsprocesses begründeten Vortheile des schleunigeren und strengeren Verfahrens gegen den Schuldner und auf die Ausschließung illiquider Exceptionen beschränkt, in allen übrigen Beziehungen aber die Anwendung der Normen des Bagatellprocesses nachgelassen bleibt, oder ob der Executionsproceß auch dann, wenn der Gegenstand ganz gering ist, mit den Bestimmungen des Gesetzes v. 16. Mai 1839 gar nichts gemein hat. Die erstere Meinung hat das Ober-Appell.-Gericht und das Appell.-Gericht zu Dresden mit Recht angenommen und dabei bemerkt, daß namentlich die Bestimmungen des Bagatellproceßgesetzes über Bevollmächtigung, Stempelabgabe, Proceßkosten und Erscheinen im Termine, sowie über die Zulässigkeit der Rechtsmittel auch im Executionsprocesse zur Anwendung kommen müßten. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 19. p. 53 fg. IV, 61. p. 185 fg. 1845. V, 25. p. 70 fg. 1856. N. F. IV, 44. p. 264. und unten §. 74 bei not. 9 fg.

[1] Executionsgesetz v. 28. Februar 1838. §. 87. in Verbindung mit §. 7. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 354.

[2] Executionsgesetz §. 87.

[3] Dieß gilt auch von den zur Activlegitimation erforderlichen Urkunden. S. oben §. 40 not. 5.

[4] Dieß wird hier deßhalb erfordert, weil der Richter, so lange ihm die Originalien nicht vorliegen, sich nicht überzeugen kann, ob der Anspruch sich zur Erlassung der Hülfsauflage eignet. Jedenfalls müssen die Urkunden selbst,

und zwar nicht blos im Auszuge, sondern vollständig[5] beigelegt werden. Sind dieselben im Besitz des Proceßgerichts, so wird dem Hülfsgesuche nur eine Abschrift davon beigelegt und um gerichtliche Vidimation dieser Abschrift gebeten[6]. Ist das Hülfsgesuch auf Leistungen gerichtet, deren Umfang nur in Gemäßheit einer Zusammenstellung beurtheilt werden kann, so hat der Kläger, wie beim Antrage auf Einleitung des Hülfsverfahrens, eine schriftliche Berechnung seiner Forderung einzureichen und darin eine klare Uebersicht der gesammten Forderungen zu gewähren, auch das Verzeichniß der Kosten mit aufzunehmen, welche etwa durch das Ansuchen selbst erwachsen sind[7]. Uebrigens hat der Kläger in seinem Hülfsgesuche Alles dasjenige bestimmt und vollständig anzugeben, wozu er die richterliche Hülfe in Anspruch nimmt[8].

§. 42.

Von der Hülfsauflage im Executionsprocesse.

Ungegründetes oder unzeitiges Ansuchen hat der Richter sofort zurückzuweisen, einzelne Unrichtigkeiten aber, wenn dieß möglich, mittelst Protocolls zu beseitigen[1]. Anberaumung eines Verhörstermins und Vorladung des Beklagten dazu findet in diesem Processe in der Regel nicht Statt[2]. Vielmehr hat der Richter, sofern aus den dem Hülfsgesuche beigelegten öffentlichen Urkunden der Anspruch vollständig erhellt, nach vorgängiger Feststellung der außergerichtlichen Kosten und Hinzufügung der Gerichtskosten

---

nicht blos gerichtliche Zeugnisse beigebracht werden, aus denen nur hervorgeht, daß eine öffentliche Urkunde existire. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle v. 1855 N. F. III, 119. p. 511 fg. vergl. mit Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 475 fg. Ueber die Zulassung beglaubter Abschriften s. oben §. 40 bei not. 8.

5 Beck Executionsgesetz §. 86. p. 90. A. M. ist Volkmann l. l. p. 257. aus unzureichenden Gründen. Vergl. oben §. 21 bei not. 24.

6 Hat der Antragsteller keine Abschrift in Händen, so reicht es auch hin, wenn er sich auf die in der Verwahrung des Gerichts befindlichen Urkunden bezieht und um Beilegung einer Abschrift für den Beklagten bittet. Von dritten Personen, oder vom Gegner selbst kann in diesem Processe ebensowenig Edition gefordert werden, als im Executivprocesse. Vergl. oben §. 34 bei not. 9 u. 10.

7 Executionsgesetz §. 87. in Verbindung mit §. 8.

8 Executionsgesetz §. 87. in Verbindung mit §. 7.

1 Executionsgesetz v. 28. Februar 1838. §. 90. in Verbindung mit §. 9. Ueber die Möglichkeit, darauf gestützte Einwendungen auch nach Ablauf der Paritionsfrist vorzubringen, s. unten §. 43 bei not. 3.

2 Executionsgesetz §. 86. Vergl. jedoch unten §. 43.

für die Ausfertigung[3], innerhalb acht Tagen vom Eingange des Hülfsgesuchs angerechnet[4], an den Beklagten eine Hülfsauflage zu erlassen, in welcher demselben aufgegeben wird, den Kläger binnen Sächsischer Frist[5] klaglos zu stellen, widrigenfalls nach Ablauf dieser Frist, beziehendlich in dem zu diesem Behufe angesetzten Executionstermine[6], auf anderweiten Antrag des Klägers wider ihn mit der Hülfsvollstreckung verfahren werden würde[7]. Ist der Gegenstand des Executionsprocesses ein geringfügiger, so genügt statt der in der Regel erforderlichen Sächsischen, eine vierzehntägige Frist[8]. In Betreff des Umfangs der Leistungen, welche dem Beklagten in der Hülfsauflage auferlegt werden und der Modalität der Vollstreckung, welche dem Beklagten für den Fall angedroht wird, daß er der Auflage innerhalb der gesetzten Frist nicht nachkommen werde, gelten die nämlichen Grundsätze, welche für das Hülfsverfahren festgesetzt sind[9]. Zugleich wird dem Beklagten in der Auflage aufgegeben, etwaige Einwendungen gegen die Zulässigkeit des Verfahrens überhaupt, oder in Hinsicht auf Einzelheiten desselben[10], sowie Ausflüchte, welche auf Thatsachen beruhen, zu deren Beweis er mit öffentlichen oder

---

[3] Executionsgesetz §. 90. in Verbindung mit §. 9.

[4] Executionsgesetz §. 86.

[5] Executionsgesetz §. 89. Diese Frist kann vertragsmäßig abgekürzt werden. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1843. III, 127. p. 368. Es muß dieß aber außerhalb derjenigen Urkunde geschehen sein, auf welche die Executionsklage gestützt ist. Denn bildet die Verzichtsclausel einen Bestandtheil dieser Urkunde, so muß dem Beklagten auch dieser Clausel gegenüber eine Sächsische Frist gegeben werden. Siehe die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1853. I, 53. p. 221 fg. mitgetheilte vom Ober-App.-Gerichte bestätigte Entscheidung des App.-Gerichts zu Dresden.

[6] Der Anberaumung eines solchen Executionstermins bedarf es nicht, da §. 89 u. 91 des Executionsgesetzes davon nichts erwähnt, auch auf §. 10 des Gesetzes hierbei nicht Bezug nimmt. Die Anberaumung ist sogar zu widerrathen, da das Vorbringen von Einwendungen in §. 91 wenigstens nach der richtigeren, wenn auch in der neuesten Zeit nicht immer befolgten Ansicht an die Sächsische Frist gebunden ist und der Beklagte dadurch leicht zu dem Irrthume verleitet wird, daß er damit noch im Executionstermine, oder doch bis zu demselben gehört werde. Wird nichtsdestoweniger ein solcher Termin anberaumt, so muß derselbe jedenfalls hinter der vollen Paritionsfrist angesetzt sein. Vergl. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 56. p. 175 fg. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums.

[7] Executionsgesetz §. 86. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 356.

[8] Executionsgesetz §. 89.

[9] Executionsgesetz §. 90. in Verbindung mit §. 9. 43. 70. 71. 72. 74. 75 u. 76. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 356 fg.

[10] Von den Folgen der Nichtvorschützung solcher Einreden s. unten §. 43.

Privaturkunden[11] versehen sei, bei deren Verlust[12] noch vor Ablauf der ihm gesetzten Sächsischen oder vierzehntägigen[13] Frist bei Gericht schriftlich anzuzeigen, die Urkunden aber unter der Verwarnung, daß solche außerdem nicht zu beachten, in den Originalien, oder doch in der Abschrift einzureichen[14]. Der Auflage müssen, wie im Hülfsverfahren, das vom Kläger übergebene Liquidum nach dessen vorgängiger Prüfung, Ergänzung und resp. Berichtigung[15], außerdem aber auch die Urkunden, auf denen das Anbringen des Klägers beruht, in Abschrift beigelegt werden[16]. Der Kläger wird von der erlassenen Hülfsauflage durch eine einfache Abschrift derselben in Kenntniß gesetzt[17].

§. 43.

Einwendungen des Beklagten und terminliche Verhandlung.

Hat der Beklagte die ihm zu Befriedigung des Klägers in der Hülfsauflage gestattete Sächsische oder vierzehntägige Frist verstreichen lassen, ohne Einwendungen geltend zu machen, so wird nach Ablauf dieser Frist, beziehendlich in dem etwa angesetzten Executionstermine[1] oder an einem der nächstfolgenden

---

[11] Nach älterem Rechte waren diese letzteren gar nicht zulässig. Kori Executivproceß §. 2. p. 4.

[12] Diese Androhung erstreckt sich nur auf den vorliegenden Executionsproceß, nicht auf selbständige Einwendungen, welche Klagrecht gewähren, oder auf die dem Beklagten wegen connexer Exceptionen zustehende Widerklage. Nur von den ersteren spricht Beck l. l. §. 91. p. 91.

[13] Diese 14tägige Frist ist zwar im Executionsgesetze §. 91. nicht ausdrücklich erwähnt, allein auch in geringfügigen Rechtssachen ist die Vorbringung von Einwendungen an die vorgeschriebene Frist gebunden. Beck l. l. §. 89 u. 91. p. 90 fg.

[14] Executionsgesetz §. 91. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 372. not. 2. Die Beschränkungen, unter denen im Hülfsverfahren materielle Ausflüchte vorgebracht werden dürfen — vergl. Executionsgesetz §. 21. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 372 — leiden auf den Executionsproceß keine Anwendung. S. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1847 VII, 22. p. 71 fg.

[15] Executionsgesetz §. 90. in Verbindung mit §. 43. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 356.

[16] Executionsgesetz §. 90. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 356. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 30. p. 102 fg.

[17] Executionsgesetz §. 92.

[1] Siehe oben §. 42. not. 6. In diesem Executionstermine kann sich der Kläger melden, was schon deshalb immer rathsam ist, weil er in dem Falle, wenn der Beklagte tempestive Einwendungen vorgebracht haben sollte, die dem Gericht nicht sofort verwerflich scheinen, Kosten für Abschriften würde bezahlen müssen, deren Erstattung er vom Verurtheilten unter keiner Voraus-

Tage auf anderweiten Antrag des Klägers nach den vom Hülfsverfahren geltenden Grundsätzen mit Vollstreckung der Hülfe verfahren[2]. Ein Recht, von der einmal erlassenen Hülfsauflage wieder abzugehen, und wegen Unzulässigkeit des Verfahrens überhaupt oder der Einzelheiten desselben die Vollstreckung der Hülfe von Amtswegen, beziehendlich auf verspäteten Antrag des Beklagten zu verweigern, steht dem Richter nach Ablauf der zum Vorbringen von Einwendungen gestatteten Frist nach der richtigeren Ansicht nicht zu. Vielmehr erlangt die Hülfsauflage mit dem Ablaufe der vom Beklagten unbenutzt gelassenen Frist die Natur eines rechtskräftigen Erkenntnisses[3]. Nur dann, wenn sich nachträglich die Nichtigkeit des Verfahrens herausstellen sollte, würde der Beklagte das gegen ihn eingeleitete Verfahren auch später noch anfechten können[4]. Macht dagegen der Beklagte[5]

---

setzung verlangen kann. Deßhalb muß auch der Beklagte die durch das Erscheinen des klägerischen Sachwalters im Executionstermine erwachsenden Extrajudicialien erstatten. So hat das Justizministerium sich ausgesprochen. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1844. IV, 56. p. 175 fg.

[2] Executionsgesetz v. 28. Februar 1838. §. 96. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 357 fg.

[3] Die Berufung auf den Grundsatz, daß der Richter von seinem Verfahren jederzeit wieder abgehen könne, sowie daß §. 86 des Executionsgesetzes den Richter anweise, die Hülfsauflage nur dann zu erlassen, wenn der Grund des Anspruchs aus den beigebrachten Urkunden vollständig erhelle, genügt zur Rechtfertigung der gegentheiligen Ansicht keineswegs. Denn nach §. 91 des gedachten Gesetzes soll der Beklagte zu Vorbringung seiner Einwendungen gegen die Zulässigkeit des Verfahrens überhaupt oder gegen Einzelheiten desselben bei deren Verlust aufgefordert werden, und in §. 96 desselben Gesetzes ist der Fall, wenn keine Einwendungen vorgebracht worden sind, dem Falle, wo die Rechtskraft des solche Einwendungen verwerfenden Bescheids eingetreten ist, völlig gleichgestellt und die Anwendung der wegen Execution rechtskräftiger Entscheidungen ertheilten Vorschriften verfügt. Dieß stimmt auch mit den im gemeinrechtlichen Mandatprocesse geltenden Grundsätzen, aus denen der Sächsische Executionsproceß herausgebildet worden ist, und mit der Natur und dem Zwecke des Executionsprocesses völlig überein, während der Beklagte auch dann, wenn er sich dem Hülfsverfahren durch sein Stillschweigen unterwarf, zu Anstellung der Widerklage berechtigt bleibt, mithin den durch seine eigene Schuld erlittenen Nachtheil wenigstens nachträglich beseitigen kann. Siehe die im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle 1853 N. F. I, 84. p. 371 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts vergl. mit Ackermann Rechtssätze N. F. I, 52. p. 95 fg. und den im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1852. XII, 53. p. 234 fg. 1854 N. F. II, 75. p. 294 fg. abgedruckten Entscheidungen des Leipziger Appell.-Gerichts.

[4] Anfechtung aus Nichtigkeitsgründen ist natürlich nicht ausgeschlossen, da davon §. 91 u. 96 des Executionsgesetzes nichts besagen. S. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1853 N. F. I, 84. p. 372.

[5] Ueber Einwendungen dritter Personen, welche auf Grund öffentlicher Urkunden interveniren — vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Processes §. 188 bei not. 8 — und über die in solchem Falle zulässige Actenversendung s.

innerhalb der ihm dazu gestatteten Frist gegen den Anspruch des Klägers in formeller oder materieller Beziehung[6] Einwendungen geltend, so hat das Gericht die Zulässigkeit derselben zu prüfen, auch wenn sie unzulässig befunden werden, dieß mit Angabe der Gründe zu den Acten zu bemerken und beiden Theilen durch Mittheilung einer Abschrift des Protocolls bekannt zu machen[7]. Gegen diese Resolution des Richters kann zwar der Kläger, nicht aber der Beklagte appelliren. Denn hat der Richter mittelst derselben die vom Beklagten vorgebrachten Einwendungen verworfen, so kommen nunmehr die Grundsätze vom Hülfsverfahren zur Anwendung und ist daher Appellation gegen das Verfahren nicht eher zulässig, als bis es zu einer der in §. 27 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 bezeichneten Handlungen kommt. Dagegen kann der Beklagte, welcher sich durch die abfällige Resolution auf die von ihm geltend gemachten Einwendungen verletzt glaubt, bei der oberaufsehenden Justizbehörde unmittelbar einfache Beschwerde führen, in Folge deren das unrichtige Verfahren des Unterrichters nach Befinden cassirt wird[8]. Erscheint der Einwand des Beklagten dem Richter nicht sofort verwerflich, so hat derselbe, wenn er nicht von seinem Verfahren ohne Weiteres wieder abgehen und die Formfehler, auf welche er vom Beklagten aufmerksam gemacht worden ist, sofort abändern und verbessern will[9], unter Einräumung einer Frist von vierzehn Tagen

---

die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. VIII. p. 92 fg. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums. Streitankündigung ist nicht ausgeschlossen, aber auch nicht nothwendig. Die thatsächlichen Unterlagen derselben müssen aus Urkunden sofort liquid sein. A. M. ist das Ober-App.-Gericht in dem in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. VIII. p. 454 mitgetheilten Präjudize gewesen. S. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 193 not. 9.

[6] Executionsgesetz §. 91 u. 93. Vergl. darüber oben §. 42. not. 14.

[7] Executionsgesetz §. 93.

[8] Beck Executionsgesetz §. 93. p. 91. Roux in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 1. p. 19. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 373. Hätte der Richter auf eingewendete Appellation des Beklagten gegen die ertheilte abfällige Resolution dennoch Bericht erstattet, so wird zwar die Berichterstattung als eine ungehörig bewirkte angesehen, die Appellation aber aus dem Gesichtspuncte einer geführten Beschwerde betrachtet. Beck l. l.

[9] Dagegen kann aber natürlich der Kläger appelliren. Die allgemeine Bestimmung des Executionsgesetzes §. 94, daß, wenn der Einwand des Beklagten nicht sofort verwerflich erscheine, ein Verhörstermin anberaumt werden solle, steht dem im Texte Angegebenen nicht im Wege, da es dem Richter, so lange nicht das in §. 91 des Executionsgesetzes angedrohte Präjudiz

einen Verhörstermin anzuberaumen und dazu beide Theile schriftlich vorzuladen[10], auch der Ladung an den Kläger die Einwendungen des Beklagten und diejenigen Urkunden in Abschrift beizufügen, welche der Beklagte etwa zum sofortigen Beweise seiner Einwendungen beigelegt hat[11]. In dieser Ladung wird der Beklagte zum Erscheinen im Termine und nach Befinden zu Production seiner Urkunden im Originale und zwar bei Verlust seiner Einwendungen[12], der Kläger dagegen zum Erscheinen und zur Erklärung über die vom Gegner gemachten Einwendungen sowie über die Aechtheit der vom Beklagten producirten Urkunden, auch nach Befinden zu sofortiger Leistung des Diffessionseides sub poena recogniti[13] vorgeladen. Außerdem wird beiden Parteien für den Fall ihres Ausbleibens im Termine eine Geldstrafe angedroht[14] und die sofortige Eröffnung eines Gerichtsbescheids in Aussicht gestellt[15]. Erscheinen die Parteien im Verhörstermine nicht, so gilt derselbe als circumduct. Bleibt eine derselben aus,

---

eingetreten ist, freisteht, Fehler, welche er in Bezug auf das Verfahren beging, ohne Weiteres zu verbessern. Beck l. l. p. 92.

[10] Executionsgesetz §. 94. Ueber die Frage, ob das Verfahren in dem Falle, wenn statt dieses Verhörstermins ein Inrotulationstermin anberaumt worden war, als nichtig cassirt werden müsse, s. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 139. p. 497 fg.

[11] Beck l. l. §. 94. p. 92.

[12] Beck l. l. p. 92. Im Executionsgesetze ist dieß zwar nicht vorgeschrieben. Nichtsdestoweniger unterliegt die Richtigkeit der Behauptung, daß es des beigefügten Präjudizes bedürfe, keinem Zweifel.

[13] Auch dieses Präjudiz ist im Executionsgesetze nicht erwähnt. S. aber Beck l. l. Die Abschriften der Urkunden müssen der Ladung nach allgemeinen Grundsätzen beigelegt werden. Das Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Präjudizien, weil das Gesetz solche nicht ausdrücklich vorgeschrieben habe, auch keine Sächsische, sondern nur eine 14tägige Frist fordere, ist unerheblich. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1850. X, 8. p. 31.

[14] So hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1840 erkannt.

[15] Nach einer Entscheidung des Appell.-Gerichts zu Dresden von 1841 soll es bei dieser Ladung keines Präjudizes bedürfen, sondern dasselbe ex lege eintreten, was sich schwerlich rechtfertigen läßt. In der im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1850 X, 8. p. 32. mitgetheilten Entscheidung des Ober-App.-Gerichts ist die Aufnahme der erwähnten Präjudizien in der Ladung nicht für unzulässig erklärt, sondern nur auf Grund von §. 24 des Executionsgesetzes ausgesprochen worden, daß eine Verbindlichkeit des Klägers zur sofortigen Diffession der Urkunden nicht anzunehmen sei und daß daher, namentlich wegen der Rechtsregel, daß im Zweifel gegen den Eintritt der Contumaz erkannt werden müsse, der Kläger in dem Falle, wenn er zwar zur sofortigen Leistung des Diffessionseides sub poena recogniti vorgeladen, auch im Termine durch einen Vertreter gehörig erschienen war und sich zur Diffession erboten hatte, die Leistung des Eides aber unterbleiben mußte, weil der Kläger im Termine nicht persönlich anwesend war, keineswegs des Diffessionseides für verlustig erklärt werden könne.

so treten die angegebenen Präjudizien in Kraft. Namentlich muß auch in dem Falle, wenn der Beklagte ausbleibt, mit Abfassung eines Gerichtsbescheids verfahren werden. Sind beide erschienen, so hat der Beklagte die bei Geltendmachung seiner Einwendungen nur in Abschrift inducirten Urkunden im Originale zu produciren, Kläger aber über die geltendgemachten Einwendungen überhaupt und namentlich über die Aechtheit der vom Beklagten producirten Urkunden sich zu erklären, auch im Falle er die Aechtheit von Privaturkunden bestreitet und persönlich anwesend ist, den Diffessionseid sofort zu leisten[16]. Macht der Kläger gegen die Einwendungen des Beklagten, deren thatsächlicher Grund von ihm eingeräumt, oder gegen ihn sofort liquid gemacht worden ist, Repliken geltend, so muß er solche ebenfalls noch im Termine sofort mit öffentlichen Urkunden liquid machen. Privaturkunden sind dazu nicht hinreichend, da Beklagter zu Anerkennung derselben nicht peremtorisch aufgefordert worden ist und der Kläger seinen Anspruch im Executionsprocesse lediglich durch öffentliche Urkunden beweisen muß[17]. Dagegen würde Beklagter gegen solche sofort liquide Repliken mit Dupliken gehört werden müssen, welche derselbe sofort im Termine mit Privaturkunden zu belegen im Stande ist. Ueber die Aechtheit dieser Privaturkunden würde sich daher der Kläger ebenfalls sofort im Termine zu erklären und nach Befinden den Diffessionseid sofort zu leisten haben. Nach Beendigung der terminlichen Verhandlung hat das Gericht über die Frage, ob das Hülfsverfahren fortzustellen sei, den Partéien sofort einen förmlichen Bescheid zu eröffnen, vor dessen nach Ablauf von zehn Tagen erfolgter Rechtskraft mit weiterem Verfahren in der Sache anzustehen ist[18]. War der

---

[16] Executionsgesetz §. 94. Vergl. oben not. 15.

[17] Eine Berufung auf die Gleichheit der Parteienrechte kann die entgegengesetzte Ansicht aus dem Grunde nicht rechtfertigen, weil die Rechte der Parteien in dieser Beziehung nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung überhaupt nicht gleich sind. Auch mußte der Kläger schon nach älterem Rechte seine Repliken durch öffentliche Urkunden liquid machen, woran das Executionsgesetz nichts geändert hat. Vergl. noch Kori Executivproceß §. 2. not. 2.

[18] Executionsgesetz v. 28. Februar 1838. §. 95. Actenversendung ist also ausgeschlossen, es müßte sich denn, soweit dieß noch vorkommen kann, um einen Proceß der Gerichtsherrschaft gegen Unterthanen handeln, welcher vor der ersteren eigenen Gerichten geführt wird, oder auf Einholung rechtlichen Erkenntnisses compromittirt worden sein. Nur in Bagatellsachen ist die Actenversendung schlechterdings ausgeschlossen. S. die in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. N. F. VIII. p. 90 fg. mitgetheilte Verordnung des Justiz-

Kläger, welchem die Leistung eines Diffessionseides obliegt, im Termine nicht persönlich anwesend, so wird der Bescheid von der Leistung dieses Eides abhängig gemacht und nach Eintritt der Rechtskraft zur Purification des Bescheids ein Diffessionstermin anberaumt.

§. 44.

Rechtsmittel und Hülfsvollstreckung im Executionsprocesse.

Bis zur Rechtskraft des im Termine ertheilten Bescheids ist es beiden Parteien gestattet, nach den vom Instanzenzuge geltenden Grundsätzen dagegen zuläßige Rechtsmittel einzuwenden [1]. Ist im Bescheide der Einwand des Beklagten verworfen worden und die Rechtskraft eingetreten, oder nach Einwendung aller zuläßigen suspensiven Rechtsmittel keines mehr zuläßig [2], so wird ohne Weiteres nach den im Hülfsverfahren geltenden Grundsätzen auf einfachen Antrag des Klägers mit Vollstreckung der Hülfe verfahren [3]. Das Recht des Klägers, gegen das Verfahren zu appelliren, ist, wie im Hülfsverfahren, so auch im Executionsprocesse, unbeschränkt [4], während der Beklagte, sobald nicht über die von ihm vorgebrachten Einwendungen förmlicher Bescheid ertheilt worden ist, bis zu den §. 27 des Executionsgesetzes näher bezeichneten appellablen Handlungen gar nicht appelliren kann [5].

---

ministeriums. Vergl. noch Höpfner daselbst N. F. IX, 10. p. 267 fg. Neumann daselbst N. F. X, 4. p. 72 fg. Von der Actenversendung in Interventionsfällen s. oben not. 5.

[1] Beck Executionsgesetz §. 95 fg. p. 93.

[2] In solchem Falle braucht nach §. 2. des Executionsgesetzes die zehntägige Frist nicht abgewartet zu werden. Vielmehr kann der Antrag auf Vollstreckung der Hülfe vom Kläger sofort nach der Publication gestellt werden. Beck l. l. §. 95 fg. p. 93. hält dieß für zweifelhaft.

[3] Executionsgesetz §. 96. Einer nochmaligen Hülfsauflage bedarf es nicht. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 25. p. 70. Die Kosten für Abwartung des Executionstermins hat der Gegner zu erstatten. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 56. p. 175.

[4] Beck l. l. p. 50 u. 93. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 373 am Ende. Roux in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 1. p. 19 sub 21 b u. c. So hat sich auch das Ober-Appell.-Gericht in Sachen Thalmannin c. Moser 1846 ausgesprochen. A. M. Käuffer Appellationen §. 12. p. 27 fg. u. not. 43.

[5] Dieß folgt aus §. 96 des Executionsgesetzes, wo auf die in Betreff des Hülfsverfahrens vorgeschriebenen Bestimmungen ausdrücklich verwiesen wird. Beck l. l.

Sechstes Capitel.

Vom Wechselprocesse*.

§. 44a.

Begriff und Voraussetzungen des Wechselprocesses.

Der Wechselproceß ist eine eigenthümliche Unterart des Urkundenprocesses[1], und findet in Sachsen[2] Statt, wenn aus gezogenen[3] oder eigenen[4] Wechseln, ingleichen aus kaufmännischen Anweisungen[5] gegen den Acceptanten[6], Indossanten[7], Aussteller[8] oder Bürgen[9], auf Zahlung, Rembours leistung oder Deckung geklagt wird, sowie wenn sich der Schuldner außerhalb des eigentlichen Wechselgeschäfts in einer Urkunde zu einer Geldzahlung bei Wechselhaft verpflichtet hat[10]. Die Urkunde, auf welche die Klage im Wechselprocesse gestützt ist, muß also die Eigenschaften eines Wechsels, einer kaufmännischen Anweisung, oder eines Schuldbekenntnisses nach Wechselrecht haben[11]. Daneben können

---

* Allgemeine deutsche Wechselordnung v. 26. November 1848. Gesetz die Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung betr. v. 25. April 1849. Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849. Gesetz über den Schuldarrest und den Wechselproceß v. 7. Juni 1849.

[1] Als solche wird er in §. 30 des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselproceß v. 7. Juni 1849 ausdrücklich bezeichnet.

[2] Particularistisch ist nur die Zulassung des Wechselprocesses aus kaufmännischen Anweisungen und aus Schuldbekenntnissen nach Wechselrecht.

[3] Ueber die Erfordernisse solcher gezogener, trassirter Wechsel, Tratten s. in der Allgemeinen deutschen Wechselordnung Art. 4—7.

[4] Von den Erfordernissen dieser eignen, trockenen Wechsel, Proprewechsel, s. Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 96 fg. Pöschmann im Archiv f. deutsches Wechselrecht II, 8. p. 187 fg.

[5] Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849.

[6] Allg. deutsche Wechselordnung Art. 21 fg. u. 81.

[7] Allg. deutsche Wechselordnung Art. 9 fg. Art. 14 u. 45 fg. 51. 81.

[8] Allg. deutsche Wechselordnung Art. 8. 25. 41. 51. 81.

[9] Allg. deutsche Wechselordnung Art. 81. Ueber die Erfordernisse einer solchen Wechselverbürgung, Aval, s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 31. p. 191 fg.

[10] Gesetz über den Schuldarrest u. den Wechselproceß v. 7. Juni 1849. §. 2 u. 30, wo Const. Elect. 21. P. II. v. 1572 ausdrücklich aufgehoben ist. Ueber den Unterschied zwischen diesen Schuldbekenntnissen nach Wechselrecht und den eigenen Wechseln s. unten not. 24.

[11] Indeß genügt zur Klage auf Sicherstellung wegen Mangels Annahme nach Art. 26 der Allg. deutschen Wechselordnung die Vorlegung des deßhalb aufgenommenen Protests, indem es weder der Beibringung des Wechsels

zwar noch andere Urkunden zu Liquidstellung der Unterlagen der Wechselklage nöthig sein[12]. Allein anderer Beweismittel, als voll beweisender Urkunden darf sich der Kläger niemals bedienen[13]. Die Grundsätze vom gemischten Executivprocesse[14] leiden also hier keine Anwendung. Indeß soll in dem Falle, wenn die Wechselclausul bei Urkunden über einen zweiseitigen Vertrag oder über ein bedingtes Zahlungsversprechen angewendet worden ist, zwar der eigentliche Wechselproceß nur unter der Voraussetzung statt haben, wenn im ersteren Falle der Einrede des nicht erfüllten Vertrags in der Urkunde selbst entsagt, im anderen aber der Eintritt der Bedingung durch Urkunden bescheinigt ist, nichtsdestoweniger aber auch dann, wenn es an dieser Voraussetzung fehlt, die in der Urkunde aufgenommene Wechselclausul wenigstens die Wirkung haben, daß bei der Verurtheilung im einfachen oder gemischten Executivprocesse beziehendlich im Executionsprocesse[15] ausgesprochen wird, der Beklagte sei zur Zahlung nach Wechselrecht anzuhalten[16]. Die Beibringung der Passivlegitimation in einer gegen die Erben des Wechselschuldners angestellten Wechselklage muß durch Urkunden liquid gestellt sein. Mit der Wechselstrenge kann gegen dieselben ohnehin in der Regel nicht verfahren

---

noch des Nachweises bedarf, daß der Regreßnehmer seinen Nachmännern selbst Sicherheit bestellt habe. Damit steht §. 30 des Gesetzes v. 7. Juni 1849 völlig im Einklange, da dort ausdrücklich auf die Wechselordnung verwiesen wird. Vergl. die im Archiv f. deutsches Wechselrecht III. p. 219 fg. mitgetheilte Entscheidung des Leipziger Appellationsgerichts.

12 Namentlich gehören dahin bei Regreßklagen der Wechselprotest, über dessen Form und Inhalt zu vergleichen Allgem. deutsche Wechselordnung Art. 87 fg. Beck im Archiv f. deutsches Wechselrecht 1, 13. p. 371 fg. u. die daselbst III. p. 193 fg. abgedruckte Entscheidung des Obertribunals zu Berlin; über die Tageszeit der Protesterhebung Gesetz die Einführung der allg. deutsch. Wechselordnung betr. v. 25. April 1849 §. 8. Einert im Archiv f. d. Wechselrecht II, 1. p. 1 fg.; über den Tag der Protesterhebung Wechselordnung Art. 41. Bekanntmachung des Ober-App.-Gerichts v. 22. Decbr. 1852. G.-S. v. 1853. p. 71 fg. Der Bezugnahme und Liquidstellung der Notification bedarf es zu Begründung der Regreßklage nicht. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XI. p. 477 fg.

13 Gesetz über den Schuldarrest u. den Wechselproceß v. 7. Juni 1849 §. 30 u. 51.

14 Siehe oben §. 32.

15 In dem Falle, wenn der Kläger die erfolgte Erfüllung ebenso, wie die übrigen Unterlagen seiner aus einem zweiseitigen Contracte angestellten Klage durch öffentliche Urkunden liquid machen kann.

16 Gesetz über den Schuldarrest u. den Wechselproceß v. 7. Juni 1849 §. 51. Ein solches Erkenntniß ist aber nicht sofort, sondern erst nach Eintritt der Rechtskraft zu vollstrecken. Angez. Gesetz §. 51 am Ende.

werden[17]. Die Klage gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache eignet sich schon nach allgemeinen von der Wechselverbindlichkeit geltenden Grundsätzen nicht zur wechselmäßigen Behandlung, weil der Beklagte sich nicht im Wechselnexus befindet[17b]. Der Wechsel entspricht zwar den Erfordernissen klarer Brief und Siegel seinem Inhalte nach an und für sich nicht[18], ist aber denselben gesetzlich gleichgestellt, indem jede Zeichnung, wodurch eine wechselmäßige Verpflichtung übernommen wird, die stillschweigende Unterwerfung unter den Wechselproceß und regelmäßig auch unter die Wechselhaft als Zwangsmittel involvirt[19]. Dasselbe gilt von der kaufmännischen Anweisung[20]. Dagegen müssen Schuldbekenntnisse nach Wechselrecht[21] allen Erfordernissen klarer Brief und Siegel[22] entsprechen. Zu Anstellung der Wechselklage ist ein solches Schuldbekenntniß nur dann geeignet, wenn es sich auf eine Geldschuld bezieht[23] und durch das Wort „Wechsel" in demselben auf irgend eine Art ausgedrückt ist, daß sich der Aussteller zur Zahlung bei Wechselhaft verbindlich gemacht hat[24].

---

17 Allg. deutsche Wechselordnung Art. 2. sub 1. Angez. Gesetz §. 7. Die Ausnahmen enthält §. 8.

17b Von dem Einflusse der Geringfügigkeit des Objects s. unten §. 74 bei not. 13 u. 14.

18 Siehe über diese Erfordernisse oben §. 22 fg.

19 Gesetz über den Schuldarrest u. den Wechselproceß §. 3. Ausnahmen treten rücksichtlich der Wechselhaft nur bei den in §. 7. 9. 16. 17. 18. 20. 21 u. 22 des gedachten Gesetzes genannten Personen ein. S. unten §. 44f. not. 2 fg.

20 Angez. Gesetz §. 3.

21 Dahin gehören auch gerichtliche Protocolle, welche eine mündliche Unterwerfung unter die Wechselhaft enthalten. Das Protocoll muß entweder in der Urschrift oder in einer bei demselben Gerichte beglaubigten Abschrift producirt werden. Beweis der Existenz eines solchen Protocolls und der darin enthaltenen Unterwerfung unter die Wechselhaft durch andere Beweismittel genügt auch dann nicht, wenn diese Beweismittel Urkunden sein sollten. Angez. Gesetz §. 5. Die in solchen Schuldbekenntnissen gebrauchte Wechselclausul unterliegt zwar der Wechselverjährung Art. 100 der Allgemeinen deutschen Wechselordnung. Du Chesne im Archiv f. deutsches Wechselrecht II, 5. p. 356. Allein als einfaches Schuldbekenntniß kann die Urkunde auch nachher noch gebraucht werden. Anders bei eigenen Wechseln. Winzer im Archiv f. deutsches Wechselrecht II, 5. p. 79 fg.

22 Siehe oben §. 22 fg.

23 Angez. Gesetz §. 2 u. 4. Auch Lieferung von Staatspapieren kann nicht Gegenstand der Wechselklage sein. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XI. p. 459 fg. Archiv f. deutsches Wechselrecht III. p. 208 fg. Ueber die Klagbarkeit des Versprechens, einen Wechsel auszustellen s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 IV, 83. p. 491 fg.

24 Angez. Gesetz §. 4, wo beispielsweise der Fall erwähnt wird, wenn die Urkunde selbst in ihrem Inhalte als Wechsel bezeichnet, oder die Zahlung nach Wechselrecht, bei Wechselhaft, oder mit der angefügten Wechselclausul ver=

Von den materiellrechtlichen Voraussetzungen der Wechselklage, namentlich von der eigenthümlichen Natur des Wechselgeschäfts, von der Form und dem Inhalte des gezogenen und eigenen Wechsels [25] und der kaufmännischen Anweisung [26], ingleichen von der Wechselfähigkeit [27] und dem Umfange der Rechte und Verpflichtungen der im Wechselnexus befindlichen Personen handelt das materielle Wechselrecht. Hier kann blos vom Wechselprocesse die Rede sein. Von der Amortisirung der Wechsel und Anweisungen wird unten §. 129b das Nöthige gesagt werden.

§. 44b.

Von der Wechselklage.

Die Wechselklage kann vor jedem Civilgericht angebracht werden, in dessen Bezirke der Beklagte sich betreffen läßt, ohne

---

sprochen wäre, oder der Aussteller den Bestimmungen des Wechselrechts, der Wechselordnung sich unterworfen hätte, oder der ganze Contract als Wechselcontract bezeichnet worden wäre. Sind in einer solchen Urkunde verschiedenartige Zahlungen zugesichert, so gilt nach §. 4 des Gesetzes am Ende die Unterwerfung für alle, insofern sie nicht ausdrücklich auf einzelne beschränkt ist. Ueber den Unterschied zwischen solchen Schuldbekenntnissen nach Wechselrecht und den eigenen Wechseln s. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XII. p. 367 fg. XIII. p. 336 fg. Meißner im Archiv f. deutsches Wechselrecht IV, 15. p. 401 fg. u. über die Frage, ob die Ausstellung eines Wechsels eine (privative) Novation bewirke, Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1853 N. F. I, 64. p. 273 fg. I, 109. p. 465 fg., 1854 II, 135. p. 509 fg., 1857 V, 27. p. 133 fg. Siebenhaar im Archiv f. deutsches Wechselrecht I, 7 sub I. p. 165 fg. vergl. mit Günther daselbst IV, 5. p. 129 fg. Ladenburg daselbst V, 5. p. 122 fg.

[25] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 4 fg. u. 96 fg.

[26] Gesetz die kaufmännischen Anweisungen betr. v. 7. Juni 1849.

[27] Allgem. deutsche Wechselordnung Art. 1. Gesetz den Schuldarrest u. den Wechselproceß betr. v. 7. Juni 1849 §. 6. Vergl. hierzu Ackermann Rechtssätze N. F. III, 406. p. 123 fg. Frauen sind wechselfähig, falls sie dispositionsfähig sind. Wechselarrest ist jedoch gegen sie nur zulässig, wenn sie Handel oder ein anderes Gewerbe treiben. Wechselordnung Art. 2. sub 3. Das Gesetz den Schuldarrest u. den Wechselproceß betr. v. 7. Juni 1849 erwähnt sie nicht ausdrücklich. Vergl. Brauer die allg. deutsche Wechselordnung Ausg. II. p. 29. Scheerer Handbuch des Wechselrechts I. p. 723. Thöl Handelsrecht Ausg. III. I. p. 210 fg. §. 50. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 348. XV. p. 352 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 2. p. 7 fg. u. 72. p. 438 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. VI, 858. p. 346 fg. Ueber den Einwand der väterlichen Gewalt s. Archiv f. deutsches Wechselrecht III. p. 95 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 75. p. 449 fg. Ueber Geisteskranke s. Archiv f. deutsches Wechselrecht III. p. 223 fg. Brauer l. l. zu §. 82. Thöl Handelsrecht II. p. 51. Wohl zu unterscheiden ist hiervon die Frage, gegen welche Personen mit der Wechselhaft verfahren werden könne. Wechselordnung Art. 2. Angez. Gesetz §. 7. 9. 16. 17. 18. 20. 21 u. 22. Vergl. unten §. 44 f.

daß es dazu einer darauf bezüglichen ausdrücklichen Erklärung des Wechselschuldners bedarf[1]. Zur Anstellung dieser Klage genügt mündliches Vorbringen[2]. Der Kläger hat dabei alle zur Begründung der Klage erforderlichen Urkunden sofort im Original vorzulegen[3] und ein Liquidum, d. i. eine vollständige Berechnung seiner Ansprüche beizufügen[4], sowie, wenn er die Klage nicht persönlich anbringt, seinen Vertreter sofort mittelst extendirter Vollmacht zum Processe zu legitimiren[5]. Das Gesuch geht dahin, den Wechselproceß einzuleiten, dem Beklagten die beige-

---

[1] Gesetz über den Schuldarrest und den Wechselproceß v. 7. Juni 1849 §. 31. S. schon C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 25. Dieß gilt bei der allgemeinen Fassung des gedachten §. 31 in Verbindung mit §. 30 auch von dem Falle, wenn die Wechselklage aus Urkunden mit der Wechselclausul angestellt wird. Vergl. Du Chesne im Archiv f. deutsches Wechselrecht II, p. 362. Die im Texte erwähnte Bestimmung ist eine gesetzliche Ausdehnung des forum contractus, indem die Unterwerfung unter den Gerichtsstand des temporären, wenn auch nur vorübergehenden Aufenthalts nach positiver Bestimmung der Gesetze im Eintritte in den Wechselnexus ohne Weiteres enthalten ist. Im forum arresti kann die Klage aus dem Grunde nicht angestellt werden, weil die Execution in das Vermögen des Schuldners in diesem Processe kein Executionsmittel ist. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 574. p. 162 fg. Nach Artikel 29 der Staatsverträge mit Preußen, Sachsen-Altenburg, Reuß jüngerer und älterer Linie, Sachsen-Weimar-Eisenach und Sachsen-Coburg-Gotha wird die Clausul in einem Wechselbriefe oder in einer Verschreibung nach Wechselrecht, wodurch sich der Schuldner der Gerichtsbarkeit eines jeden Gerichts unterwirft, in dessen Bezirk er nach der Verfallzeit anzutreffen ist, als gültig anerkannt und bestimmt, daß dieselbe die Zuständigkeit eines jeden Gerichts gegen den in seinem Bezirke anzutreffenden Schuldner begründe. Aus dem ergangenen Erkenntnisse soll selbst die Personalexecution gegen den Schuldner bei den Gerichten des andern Staats vollstreckt werden. Verordnung v. 21. Decbr. 1839, v. 26. Juni 1840, v. 21. Juli 1845, v. 27. October 1845, v. 11. Februar 1847 u. v. 27. Juli 1848. Nach dem Staatsvertrage mit Baden Art 21 wird der Gerichtsstand in Wechselsachen durch die in den beiden Staaten bestehenden gesetzlichen Vorschriften bestimmt, aus dem ergangenen Erkenntnisse aber selbst die persönliche Haft gegen den Schuldner bei den Gerichten des anderen Staats vollstreckt. Verordnung v. 31. Juli 1855. Ueber Militärpersonen s. angez. Gesetz v. 7. Juni 1849 §. 54. Du Chesne l. l. p. 363.

[2] Angez. Gesetz v. 7. Juni 1849. §. 32. Natürlich kann auch schriftliche Klage eingereicht werden. Ist das Anbringen complicirterer Natur, so wird dieß sogar zweckmäßig sein.

[3] Angez. Gesetz v. 7. Juni 1849. §. 32. Von einem Falle, wo hierzu der Protest genügt s. oben §. 44a. not. 11. Für die Wechselobligation ist die Wechselurkunde nicht blos das Beweismittel, sondern die Form, ohne welche sie schlechthin keinen Bestand hat. Daher kann nur der Besitzer der Wechselurkunde die Wechselobligation geltend machen. Vergl. Jolly im Archiv für deutsches Wechselrecht V, 3. p. 55 fg.

[4] Angez. Gesetz §. 33.

[5] Angez. Gesetz §. 32. Bloßes Blanquet genügt also nicht. Rücksichtlich der Erfordernisse der Vollmacht gelten die allgemeinen Grundsätze. Daher genügt auch die Unterzeichnung der Firma nicht. Du Chesne im Archiv f. deutsches Wechselrecht II. p. 363.

brachten Urkunden bei Gelegenheit einer Hausexpedition oder nach vorausgegangener Vorladung an Gerichtsstelle sub poena recogniti zur Recognition vorzulegen und denselben demnächst zur Bezahlung des Liquidum zu verurtheilen, auch im Weigerungsfalle zu dieser Bezahlung nach Wechselrecht anzuhalten[6]. Auf Hülfsvollstreckung in das Vermögen des Beklagten kann im Wechselprocesse in der Regel nicht[7] und nur ausnahmsweise dann angetragen werden, wenn die Schuldhaft gegen den Beklagten als Zwangsmittel nicht angewendet werden darf[8]. Bestellung eines Kostenvorstands wird im Wechselprocesse vom Kläger nur dann gefordert, wenn es zu Anwendung der Wechselstrenge kommt[9].

§. 44c.

Von der richterlichen Verfügung auf die Wechselklage.

Findet der Richter bei Prüfung der vorgelegten Urkunden, daß ein wechselmäßiges Verfahren nicht statthaft sei, so hat er dieß dem Kläger zu eröffnen, demselben auch auf sein Verlangen darüber eine schriftliche Recognition zu ertheilen[1]. Im entgegengesetzten Falle wird nach Wahl des Klägers, jedoch ohne daß der Richter, falls ihm wider diese Wahl erhebliche Bedenken beigehen, daran gebunden wäre, entweder die sogenannte Hausexpedition vorgenommen, oder mit Vorladung des Beklagten zum Erscheinen an Gerichtsstelle verfahren, der Kläger aber von der getroffenen Anordnung in Kenntniß gesetzt[2].

Ist Hausexpedition beantragt, so begiebt sich der Richter unter Assistenz der Gerichtsfolge, in Begleitung des Klägers oder seines Sachwalters in die Behausung des Beklagten, oder an den Ort, wo der Beklagte nach der Angabe des Klägers anzu-

---

[6] Einer vollständigen Formulirung des Gesuchs bedarf es zwar nicht. Indeß muß doch der Kläger erklären, ob er Hausexpedition oder nur Vorladung beantrage, und ob diese Letztere realiter erfolgen solle.

[7] Siehe hierüber unten §. 44f. bei not. 1.

[8] Ueber die Fälle, wo zwar der Wechselproceß eingeleitet, die Schuldhaft aber als Zwangsmittel nicht angewendet werden kann, s. unten §. 44f.

[9] S. unten §. 44f bei not. 14. A. M. ist Ackermann in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 10. p. 237 sub h.

[1] Gesetz über den Schuldarrest und den Wechselproceß v. 7. Juni 1849. §. 34.

[2] Angez. Gesetz §. 35.

treffen sein wird, um das Verhör daselbst vorzunehmen[3]. Die Vorladung des Beklagten erfolgt ohne Einräumung einer Frist entweder mündlich, oder auch auf Verlangen des Klägers, und ohne daß es hierzu der Angabe besonderer Gründe bedarf, mittelst Realcitation durch einen Gerichtsdiener, welcher den Beklagten unmittelbar vor dem beschlossenen Verhöre und zwar zunächst in seiner Behausung aufzusuchen, ihn zum ungesäumten Erscheinen aufzufordern und zur Gerichtsstelle zu begleiten hat[4]. Steckbriefliche Verfolgung des ausgetretenen Wechselschuldners ist nicht zulässig[5]. An Sonn-, Fest- und Bußtagen ist nur dann ein Wechselverfahren zulässig, wenn nachgewiesen ist, daß Zahlung an einem Werktage vergeblich gesucht worden ist[6]. Die Hausexpedition sowohl, als die Vorladung sind auf Verlangen sofort und ohne Rücksicht auf die gewöhnliche Gerichtszeit vorzunehmen[7].

Durch Vornahme der Hausexpedition, ingleichen durch die Vorladung, auch wenn solche nur versucht und erfolglos geblieben sein sollte, wird die Wechselverjährung unterbrochen[8]. Die Perpetuirung des Klagrechts wird dadurch nicht herbeigeführt. Ebensowenig tritt nach der Unterbrechung an die Stelle der Wechselverjährung die ordentliche Verjährung. Vielmehr beginnt von dieser Zeit an nur die Wechselverjährung von Neuem zu laufen[9].

§. 44d.

Vom Verhöre im Wechselprocesse.

Das Verhör, bei welchem der Kläger persönlich oder durch

---

3 Angez. Gesetz §. 37.

4 Angez. Gesetz §. 36.

5 Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1853 N. F. I, 70. p. 311 fg.

6 Angez. Gesetz §. 45. Nicht zu verwechseln hiermit sind die Bestimmungen der Allgemeinen deutschen Wechselordnung Art. 92 über den Verfall des Wechsels, die Vorlegung zur Annahme oder Zahlung. die Protesterhebung und andere Handlungen an einem Sonn- oder Feiertage. Vergl. noch Landtags-Acten v. 1849. Abth. II. p. 126. Du Chesne im Archiv für deutsches Wechselrecht II. p. 364.

7 Angez. Gesetz v. 4. Juni 1849. §. 47.

8 Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 80. Gesetz v. 20. Juni 1846. §. 1. vergl. mit Handelsgerichts-Ordnung v. 21. Decbr. 1682. §. V. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 223 bei not. 14b fg.

9 Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. XI. p. 379 fg. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 223 am Ende, §. 228 bei not. 8. mein Lehrbuch §. 186 sub h u. i. u. §. 18 bei not. 2.

einen gehörig legitimirten Vertreter gegenwärtig sein muß, und welches unterbleibt, wenn derselbe, nachdem ihm das Eintreffen des Beklagten an Gerichtsstelle mitgetheilt worden ist, länger als eine Stunde auf sich warten läßt[1], wird vom Richter mit Angabe der Veranlassung desselben und des vom Kläger gestellten Antrags eröffnet[2]. Zugleich werden dem Beklagten sämmtliche Klagurkunden mit der Aufforderung vorgelegt, die Urkunden, soweit solche des Anerkenntnisses bedürfen, zu recognosciren, über das Vorbringen des Klägers überhaupt aber sich zu erklären und seine etwaigen Einreden dawider[3] geltend zu machen, widrigenfalls die Urkunden für anerkannt geachtet und wider ihn des geklagten Anspruchs halber, soweit dessen Befriedigung nicht erfolgt, mit der Wechselhaft, beziehendlich falls diese nicht zulässig sein sollte[4], mit der Hülfsvollstreckung in sein Vermögen verfahren werden würde[5]. Erbietet sich der Beklagte zur Diffession der der Klage zu Grunde gelegten Privaturkunden, so ist zur Abnahme des Diffessionseides sofort zu verschreiten[6]. Diffessio quoad contenta ist ebenso unzulässig, wie Beweis der Aechtheit der Urkunden durch Zeugen[7]. Erhebt der Beklagte andere Einwendungen wider die absolute oder hypothetische Beweiskraft der Klagurkunden[8], oder schützt er materielle Ausflüchte vor[9], so hat der

---

[1] Gesetz über den Schuldarrest u. den Wechselproceß v. 7. Juni 1849. §. 38. Die Mittheilung ist eine mündliche u. erfolgt durch eine verpflichtete Gerichtsperson. Nach Ablauf der Stunde wird das Verfahren wider den Beklagten abgebrochen und der Beklagte entlassen. Damit fallen auch die Wirkungen der Vorladung und Hausexpedition mit Ausnahme der Unterbrechung der Wechselverjährung — s. oben §. 44c am Ende — wieder weg. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 223 am Ende, mein Lehrbuch §. 186 bei not. 19. Der Beklagte muß immer persönlich gegenwärtig sein, der Kläger müßte denn das Erscheinen durch einen Vertreter ausnahmsweise gestatten.

[2] Angez. Gesetz §. 39.

[3] Einwendungen, welche der Beklagte hier vorzubringen unterläßt, gehen ihm für diesen Proceß verloren, da das Verfahren nach §. 46 des Gesetzes v. 7. Juni 1849 mit Eröffnung des Bescheids im Verhöre schließt und der Beklagte blos mit solchen Einreden gehört werden kann, welche er bis dahin vorgeschützt hat. In der Widerklage können sie dann immer noch vorgebracht werden. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XI. p. 477 fg., unten §. 44d bei not. 11 u. §. 44e bei not. 2. u. oben §. 29 bei not. 8.

[4] Siehe unten §. 44f.

[5] Angez. Gesetz §. 39.

[6] Angez. Gesetz §. 40.

[7] Angez. Gesetz §. 40. Dieß beruht auf allgemeinen vom Urkundenprocesse geltenden Grundsätzen. Siehe oben §. 36 u. 43.

[8] Siehe oben §. 21.

[9] Diese müssen auf den Bestimmungen des materiellen Wechselrechts beruhen und aus der Natur des wechselrechtlichen Verhältnisses hervorgehen, auch

Richter darauf die Entgegnung des Klägers zu vernehmen, und wenn diese erfolgt, darauf sofort allenthalben Entschließung zu fassen und diese den Parteien zu eröffnen[10]. Bedarf es der Liquidstellung der vorgeschützten Ausflüchte[11], so soll der Richter die vom Beklagten etwa zu diesem Zwecke beigebrachten der Anerkennung bedürftigen Urkunden, dafern er sie bei der Entscheidung der Sache von Einfluß findet, dem Kläger, da nöthig, zur Anerkennung vorlegen, und falls sich dieser zur Diffession derselben erbietet, auch dießfalls zur Abnahme des Diffessionseides sofort verschreiten[12]. Ist der Kläger, welcher den Diffessionseid zu leisten hat, nicht persönlich anwesend, so ist zwar der Beklagte auch dann, wenn die Einrede, zu deren Liquidstellung die zu diffitirende Urkunde beigebracht ist, den Klaggrund erschöpfen würde, insofern Wechselhaft gegen ihn verfügt werden kann[13], und er nicht hinreichende Caution leistet[14], bis zur Recognition der von ihm producirten Urkunde einstweilen in Verwahrung zu nehmen, dem Kläger jedoch die Erklärung über die Aechtheit dieser Urkunden unter Einräumung einer nach den besonderen Umständen zu bemessenden kurzen Frist und unter Androhung der Entlassung des Beklagten aufzugeben[15]. Zur eidlichen Ablehnung der zur Activlegitimation des Klägers dienenden Indossamente wird der Beklagte nicht zugelassen. Ebensowenig ist er verpflichtet, darüber eine Erklärung abzugeben[16]. Dasselbe gilt von der Bestreitung der Aechtheit der Unterschrift des Ausstellers, falls die Wechselklage nicht gegen diesen, sondern gegen eine andere im Wechsel-

---

dem Schuldner unmittelbar gegen den Kläger zustehen. Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 82. Das Gesetz v. 7. Juni 1849 bestimmt darüber nichts. Vergl. Du Chesne im Archiv für deutsches Wechselrecht II. p. 364.

[10] Angez. Gesetz §. 41.

[11] Illiquide Ausflüchte bleiben nach allgemeinen vom Urkundenprocesse geltenden Grundsätzen — s. oben §. 20 bei not. 2 u. §. 37 bei not. 7 fg. — in diesem Processe unbeachtet und werden zur Widerklage verwiesen. Siehe Du Chesne l. l. p. 363.

[12] Angez. Gesetz §. 41 u. 42.

[13] Angez. Gesetz §. 43. u. unten §. 44f.

[14] Angez. Gesetz §. 44.

[15] Angez. Gesetz §. 43.

[16] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 36. Füssel im Archiv f. deutsches Wechselrecht II, 9. p. 257 fg. vergl. mit I. p. 210 fg. V. p. 94 fg. Ein Blanco-Indossament legitimirt den Kläger auch dann, wenn der Beklagte liquid machen kann, daß dasselbe ursprünglich nicht für den Kläger bestimmt gewesen ist. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung XV. p. 378 fg.

nexus befindliche Person angestellt worden ist[17]. Dagegen bedarf es der Recognition des eigenen Giro des Beklagten, sowie überhaupt derjenigen auf der Klagurkunde befindlichen Zeichnung, auf welcher seine Wechselverbindlichkeit beruht[18]. Auch der Einwand der Fälschung oder des Betrugs muß sofort liquid sein. Eine Sistirung des Verfahrens in Folge dieses Einwands ist nicht zulässig[19]. Einwendungen, welche das ursprüngliche Rechtsverhältniß betreffen, wodurch der Eintritt des Beklagten in den Wechselnexus veranlaßt worden ist, sind auch dann unbeachtlich, wenn sie sofort liquid gemacht werden können[20]. Die Einrede der Verjährung muß von Amtswegen berücksichtigt werden[21].

§. 44 e.

Vom Bescheide und den Rechtsmitteln im Wechselprocesse.

Nach beendigtem Verhöre ist vom Gericht selbst[1] unter kurzer Angabe der Entscheidungsgründe ein Protocollarbescheid abzufassen und den Parteien sofort zu eröffnen[2]. Dieser Bescheid wird in zehn Tagen rechtskräftig, wenn kein Rechtsmittel dagegen eingewendet worden ist[3]. Lautet derselbe condemnatorisch, so muß darin zugleich die genaue Angabe des Gesammtbetrags des Liquidum enthalten sein, zu dessen Bezahlung oder Sicherstellung der Beklagte angehalten werden soll[4]. Ist die Anlegung

---

[17] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 75 u. 76. Archiv f. deutsches Wechselrecht I. p. 207 fg.

[18] Archiv f. deutsches Wechselrecht II. p. 275 fg. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XI. p. 478 fg.

[19] Decisio Elect. 88. v. 22. Juni 1661 gilt also hier nicht. Vergl. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1856 N. F. IV, 68. p. 407 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts u. Archiv f. deutsches Wechselrecht III. p. 406.

[20] Vergl. Archiv f. deutsches Wechselrecht I. p. 327 fg.

[21] Const. Elect. 25. P. I. v. 1572.

[1] Actenversendung an das betr. Königliche Bezirksgericht, beziehendlich die Juristenfacultät findet nur im Falle eines darauf gerichteten Compromisses der Parteien Statt. Gesetz über den Schuldarrest und den Wechselproceß v. 7. Juni 1849. §. 49. Dieß gilt also auch dann, wenn ein Gerichtsherr seinen Unterthan — soweit dieß jetzt noch vorkommen kann — bei seinen eigenen Gerichten mit der Wechselklage in Anspruch genommen hat. Du Chesne im Archiv f. deutsches Wechselrecht II. p. 365.

[2] Angez. Gesetz §. 46.

[3] Angez. Gesetz §. 48.

[4] Dieß ist wesentliche Voraussetzung zur Gültigkeit des Bescheids.

der Wechselhaft zulässig[5], so hat der Richter überdieß sofort bei der Publication seinen Beschluß des Arrests zu eröffnen[6], im entgegengesetzten Falle aber nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Februar 1838 auch unerwartet der Rechtskraft sofort Hülfsauflage zu erlassen[7]. Appellation gegen diesen Beschluß des Arrests, sowie gegen die Erlassung der Hülfsauflage hat keine Suspensivkraft[8]. Vielmehr wird trotz derselben mit der Anlegung der Schuldhaft unerwartet der Rechtskraft ohne Weiteres verfahren, während in solchen Fällen, wo diese Schuldhaft ausgeschlossen ist, mit der wirklichen Hülfsvollstreckung in das Vermögen des Beklagten bis zur Rechtskraft Anstand genommen werden muß[9]. Wird nach Anlegung der Wechselhaft in Folge einer vom Beklagten eingewendeten Appellation ein reformatorisches Erkenntniß gefällt, so ist der Beklagte, auch ungeachtet des wider diese Entscheidung etwa vom Gegner eingewendeten Rechtsmittels sofort der Wechselhaft zu entlassen[10]. Dagegen berechtigt die Entbindung des Beklagten von der Convention in Folge einer von ihm angestellten Widerklage oder besonderen Klage den Richter erst dann zur Entlassung aus der Wechselhaft, wenn das betreffende Erkenntniß rechtskräftig geworden und, soweit nöthig, purificirt ist[11]. Die gesetzlichen Beschränkungen der Zulässigkeit der Rechtsmittel wegen Geringfügigkeit des Objects[12] oder wegen Mangels der Appellationssumme[13] finden auch in Wechselsachen Anwendung[14]. Rücksichtlich der Widerklage gelten die allgemeinen Grundsätze[15]. Der Antrag auf Deposition des Betrags, zu dessen Bezahlung der Beklagte verurtheilt worden, ist unter den nämlichen Voraus-

---

[5] Siehe über die Fälle, wo der Arrest wider die Person des Verurtheilten nicht verfügt werden darf, unten §. 44f.

[6] Angez. Gesetz §. 46.

[7] Angez. Gesetz §. 46.

[8] Angez. Gesetz §. 48.

[9] Angez. Gesetz §. 48. Du Chesne im Archiv f. deutsches Wechselrecht II. p. 364 fg.

[10] Angez. Gesetz §. 48.

[11] Angez. Gesetz §. 50.

[12] S. unten §. 80 u. 95.; mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 30 fg.

[13] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 42 u. 43. §. 330.

[14] Roux in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 1. p. 18 sub 20.

[15] Siehe oben §. 29 u. 30.

setzungen zulässig, wie im Executivprocesse[16]. Die Bezahlung dieses Betrags enthält aber auch dann keinen Verzicht auf das vom Beklagten gegen den Bescheid eingewendete Rechtsmittel, wenn dieselbe ohne ausdrücklichen Vorbehalt erfolgt ist[17].

§. 44f.

Von der Vollstreckung im Wechselprocesse.

Die Vollstreckung im Wechselprocesse erfolgt regelmäßig mittelst Anlegung der Schuldhaft, indem die Wechselverbindlichkeit in diesem Processe nur gegen die Person des Schuldners geltend gemacht wird[1]. Indeß tritt in einigen Fällen an die Stelle der Schuldhaft ausnahmsweise die gewöhnliche Hülfsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners. Hierher gehört zunächst der Fall, wenn die Wechselklage gegen die Erben des Wechselschuldners[2], ingleichen wenn sie gegen die wechselfähigen Mit-

---

[16] Denn §. 30 des angez. Gesetzes bezeichnet den Wechselproceß ausdrücklich als eine Gattung des Executivprocesses. Die Allgemeine deutsche Wechselordnung enthält nichts entgegenstehendes, da sie die Zulässigkeit der Deposition nicht auf die dort ausdrücklich erwähnten Fälle beschränkt — vergl. Conferenzprotocoll v. 6. Novbr. 1847 No. XIV zu Art. 36. Archiv f. deutsches Wechselrecht IV. p. 456 — überdieß auch es sich hierbei nicht um eine materiellrechtliche, sondern um eine reinprocessualische Verpflichtung handelt. Ebensowenig läßt sich das Gegentheil aus §. 53 des Gesetzes v. 7. Juni 1849 entnehmen, da dort nur die die Schuldhaft und das Wechselverfahren betreffenden früheren Bestimmungen aufgehoben sind. Daher gilt noch jetzt die Erl. Pr.-O. VI. §. 1 u. Anhang §. 15. Siehe die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 46 fg. und im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 125. p. 475 fg. 1855 III, 2. p. 5 fg. mitgetheilten Entscheidungen des Ober-App.-Gerichts.

[17] Denn die Bezahlung erfolgte in diesem Falle präsumtiv nur in der Absicht, dem drohenden Wechselarreste zu entgehen. So hat sich das Ober-App.-Gericht in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XV. p. 159 fg. mit Recht ausgesprochen.

[1] Dieß erhellt aus §. 39 u. 46 des Gesetzes über den Schuldarrest u. den Wechselproceß v. 7. Juni 1849, wo der Hülfsvollstreckung in das Vermögen nur unter der Voraussetzung gedacht wird, daß die Wechselhaft gesetzlich ausgeschlossen oder fruchtlos angewendet worden ist. Vergl. die von Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 574. p. 162 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts. Von der hierher nicht gehörigen Execution in Wechsel handelt §. 64 des Gesetzes v. 28. Februar 1838. Auf Verschreibungen nach Wechselrecht ist dieser §. nicht auszudehnen, vielmehr dann das §. 57 des angez. Gesetzes vorgeschriebene Verfahren einzuschlagen. So hat das App.-Gericht zu Leipzig in Sachen Stemler c. Wirsing 1853 erkannt.

[2] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 2 sub 1. Angez. Gesetz v. 7. Juni 1849 §. 7 u. 46. Indeß sind persönlich wechselfähige Erben eines Kaufmanns oder Fabrikinhabers, wenn sie das Geschäft ihres Erblassers fortstellen oder an der Stelle desselben einem kaufmännischen Etablissement beitreten, sowie alle diejenigen persönlich wechselfähigen Personen, welche ein sol-

glieder von Vereinen mit juristischer Persönlichkeit, oder gegen Vertreter von Anstalten angestellt worden ist, denen solche Persönlichkeit zukommt, indem diese Mitglieder oder Vertreter durch die sonst mit Unterwerfung unter den Wechselarrest verbundenen Geschäfte, wenn solche im Namen des Vereins oder der Anstalt geschlossen worden sind, auch dann nicht dem Wechselarreste unterworfen werden, wenn sie an der Führung der Geschäfte persönlichen Antheil genommen haben und daraus subsidiarisch in Anspruch genommen werden können[3]. Gegen Frauen ist die Anlegung des Wechselarrests nur dann zulässig, wenn sie selbständig Handel oder ein anderes Gewerbe treiben[4]. Desgleichen darf der Wechselarrest als Zwangsmittel nicht angewendet werden, wenn der Schuldner das 70. Jahr seines Lebens angetreten hat[5]. Auch gegen den Ehegatten, so lange nicht auf Trennung des Ehebandes oder beständige Scheidung von Tisch und Bette rechtskräftig erkannt worden ist, gegen Blutsverwandte in auf- und absteigender Linie, ingleichen gegen Stief- und Schwiegereltern, so lange das Affinitätsverhältniß dauert, und gegen vollbürtige und halbbürtige Geschwister kann der Schuldarrest in

---

ches bestehendes mercantilisches Etablissement durch Ankauf oder ein anderes Geschäft unter den Lebenden an sich bringen, aus den auch vor ihrem Eintritte eingegangenen wechselmäßigen Verpflichtungen ihrer Erblasser, Vorfahren oder Handelsgesellschafter, insoweit diese Verpflichtungen aus den Handelsgeschäften entstanden sind, dem Wechselarreste unterworfen, wenn sie sich in Circularien oder auf andere Weise gegen die Gläubiger zur activen und passiven Vertretung das Geschäfts erklärt haben. Von der Uebernahme des Geschäfts zur Liquidation gilt dieß nicht. Angez. Gesetz §. 8.

[3] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 2 sub 2. Angez. Gesetz §. 9 u. 46.

[4] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 2 sub 3. Im angez. Gesetze v. 7. Juni 1849 sind sie ganz unerwähnt geblieben. Sind sie nicht dispositionsfähig, so kann überhaupt keine Wechselklage wider sie erhoben werden. Angez. Gesetz §. 6. Wechselhaft ist also bei ihnen nur dann zulässig, wenn sie den Handel oder das sonstige Gewerbe für eigene Rechnung betreiben. Thöl Handelsrecht Ausg. III. I. p. 210 fg. §. 50. Scheerer Handbuch des Wechselrechts I. p. 723. Brauer die allgemeine deutsche Wechselordnung Ausg. II. p. 29. Ist dieß unzweifelhaft, so ist nicht erforderlich, daß aus dem Wechsel selbst sich ergiebt, daß derselbe den Handel oder das sonstige Gewerbe der Frau betreffe. Vielmehr würde das Gegentheil nur dann anzunehmen sein, wenn dieß aus dem Wechsel zu entnehmen wäre. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 348. Ackermann Rechtssätze N. F. VI, 858. p. 346 fg. Vergl. auch die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1856. N. F. IV, 72. p. 438 fg. mitgetheilte Entscheidung des Dresdner Appell.-Gerichts. Ueber den Begriff „Handelsfrau" s. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1856 N. F. IV, 2. p. 7 fg.

[5] Angez. Gesetz §. 16 u. 46.

Folge einer wider sie erhobenen Wechselklage nicht nachgesucht werden[6], und macht es dabei keinen Unterschied, ob der Anspruch von dem ursprünglichen Gläubiger, zu welchem der Schuldner in einem der genannten Verhältnisse stand, selbst geltend gemacht wird, oder auf einen Anderen übergegangen ist[7], indem nur die Fälle der mittelst wechselmäßiger Begebung im eigentlichen Wechselverkehre vorkommenden Uebertragung wechselmäßiger Forderungen an dritte Personen hiervon eine Ausnahme machen[8]. Ebensowenig darf nach Ausbruch des Concurses zum Vermögen des Wechselschuldners, so lange dieser dauert, wegen der zur Zeit der Concurseröffnung bereits bestandenen Wechselforderungen Wechselarrest ausgebracht werden[9]. Endlich bleibt dem Gläubiger auch in dem Falle, wenn die Schuldhaft aus dem Grunde

---

[6] Angez. Gesetz §. 17 u. 46.

[7] Gleichviel ob durch Intestaterbfall, oder durch ein freiwillig vollzogenes Geschäft unter den Lebenden oder auf den Todesfall. Angez. Gesetz §. 17.

[8] Angez. Gesetz §. 17. Besteht die klagende Partei aus mehren Personen und steht der Schuldner nur zu einer oder zu einigen derselben in einem solchen verwandtschaftlichen oder schwägerschaftlichen Verhältnisse, so ist auf Antrag der Uebrigen der Schuldarrest zu ihrem Antheile zu vollstrecken. Angez. Gesetz §. 18.

[9] Angez. Gesetz §. 20, wo die entgegenstehende Decis. Elect. 26 v. 1746 und die darauf Bezug nehmende Bestimmung in den Banqueroutier-Mandaten v. 20. December 1766 u. v. 2. August 1783 ausdrücklich aufgehoben werden. Von der bloßen Submission gilt dieß nicht, da es hierbei noch auf die richterliche Entschließung ankommt, ob Concurs zu eröffnen sei, oder nicht. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1851. XI, 82. p. 350 fg., auch abgedruckt bei Ackermann Rechtssätze N. F. II, 302. p. 201 fg. u. II, 367. p. 374. Auch der Ausbruch eines Particularconcurses steht der Anlegung des Wechselarrests nicht im Wege. Siehe Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 272 fg., auch abgedruckt bei Ackermann Rechtssätze N. F. VI, 840. p. 287 fg. u. überdieß die im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 60. p. 369 fg. abgedruckten Entscheidungen. Der Anstellung der Wechselklage steht die erfolgte Concurseröffnung nicht im Wege. Nur die Anlegung der Wechselhaft kann pendente concursu nicht erfolgen. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 37 fg. Hat sich der Wechselgläubiger beim Concurse gemeldet, so muß er, falls er dort keine Befriedigung erlangte, seine Klage nach Beendigung des Concurses auf Verbesserung der Vermögensumstände des Schuldners stützen. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IX. p. 168 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1853 N. F. I, 67. p. 285 fg., während es dessen dann, wenn er die Anmeldung unterließ, nicht bedarf. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1855 N. F. III, 83. p. 359 fg. Während des Concurses schläft die Verjährung der Wechselklage. Angez. Gesetz v. 7. Juni 1849 §. 20 am Ende. Vergl. hierüber Mothes im Archiv f. deutsches Wechselrecht I, 10. p. 266 fg., wo ausgeführt wird, daß durch diese Bestimmung derjenige Wechselgläubiger, welcher sich beim Concurse nicht gemeldet hat, überaus gefährdet werde, da er vom Ende des Concurses keine officielle Nachricht erhält.

nicht mehr zulässig ist, weil dieselbe bereits zwei Jahre lang vergeblich angewendet wurde, nur der Antrag auf Vollstreckung der Hülfe in das Vermögen des Beklagten übrig[10].

Der Wechselarrest, welcher gleichzeitig neben der auf anderem Wege erlangten Hülfsvollstreckung in die Güter verhängt werden darf[11], wird durch Verwahrung im Gerichtsgefängnisse unter Absonderung von Sträflingen und Untersuchungsgefangenen, oder im Krankenhause vollzogen[12]. Den zu Erhaltung des Schuldners während der Haft erforderlichen Aufwand für Beköstigung, Heizung und Sitzegebühren[13], sowie in Krankheitsfällen die Medicinalkosten hat der Kläger wöchentlich vorzuschießen[14]. Unterbleibt dieß, so wird der Schuldner ohne Weiteres einstweilen des Arrests entlassen[15]. Der Schuldner ist zu Erstattung dieses Aufwands nach Wechselrecht verpflichtet[16]. Hat aber der Richter, wie ihm dieß, sobald die Sicherheit der Be-

---

[10] Angez. Gesetz §. 21 fg. u. §. 46. Vergl. hierüber unten bei not. 23.

[11] Angez. Gesetz §. 19. Du Chesne im Archiv f. deutsches Wechselrecht II. p. 359. Hiernach kann der Wechselgläubiger, obwohl er bereits im Wechselprocesse Arrest gegen den Schuldner ausgebracht hat, auf anderem Wege die Hülfsvollstreckung in das Vermögen suchen, ingleichen, wenn er dieß bereits gethan hat, gleichzeitig auch Wechselklage erheben und die Anlegung der Schuldhaft beantragen. Im Wechselprocesse ist zur Execution in das Vermögen nur in den oben bei not. 2 fg. erwähnten Ausnahmefällen zu gelangen. S. oben not. 1. Nicht entgegensteht Art. 2 der Allgemeinen deutschen Wechselordnung v. 25. April 1849 u. die von Ackermann Rechtsfätze N. F. IV, 574. p. 162 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts. Auch dann, wenn im Wechselprocesse ein Vergleich zu Stande gekommen ist, kann die Execution, abgesehen von den gedachten Ausnahmefällen, nur in die Person des Schuldners vollstreckt werden, es müßte denn im Vergleiche selbst das Gegentheil bestimmt worden sein. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 11. p. 55 fg.

[12] Angez. Gesetz v. 7. Juni 1849 §. 12 in Verbindung mit §. 14. Ueber die Requisitionen zu Vollstreckung des Wechselarrests an ausländische Gerichte s. oben §. 44b. not. 1. Vergl. noch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 75. p. 449 fg. u. über Collision der Wechselgesetze Brackenhöft im Archiv f. deutsches Wechselrecht II, 6. p. 129 fg. u. 10. p. 278 fg.

[13] An Beköstigung sind in gesunden Tagen 5 Neugroschen in Ansatz zu bringen. Die Sitzegebühren und der Aufwand für Heizung sind nach der Taxordnung zu berechnen. Angez. Gesetz §. 13. Den Aufwand für Beleuchtung braucht der Gläubiger nicht vorzuschießen. Du Chesne im Archiv f. deutsches Wechselrecht II. p. 358.

[14] Angez. Gesetz §. 13.

[15] Angez. Gesetz §. 15.

[16] Angez. Gesetz §. 13. Derselbe wird der Hauptschuld hinzugerechnet und mit dieser zugleich mittelst der Schuldhaft beigetrieben, welche jedoch unter Einrechnung der wegen der Hauptverbindlichkeit bereits erlittenen Haft die Dauer von zwei Jahren nicht übersteigen darf. S. oben bei not. 10 u. unten bei not. 23.

wachung nicht gefährdet ist und der Schuldner den Verpflegungsaufwand selbst bestreitet, auch wider Willen des Klägers freisteht, die Verwahrung des Schuldners auf dessen Antrag in anderen Räumen, als im Gerichtsgefängnisse oder Krankenhause gestattet[17], so braucht der Kläger den Verpflegungsaufwand nicht vorzuschießen[18]. Der Arrest darf zu Gunsten eines und desselben Gläubigers oder seiner Cessionarien und sonstigen Rechtsnachfolger[19] wegen aller zur Zeit der Haftanlegung bereits fälligen Ansprüche, also auch der bis dahin nicht eingeklagten[20], mit Einschluß des vom Kläger vorgeschossenen Verpflegungsaufwands[21] nicht länger, als zwei Jahre dauern[22], nach deren Ablauf der Schuldner der Haft sofort zu entlassen ist[23]. Ist eine andere Forderung erst während der Haft fällig geworden, so ist der Anfang der neuen zweijährigen Frist von der Verfallzeit der späteren Forderung an zu berechnen[24]. Wird der Schuldner vor Ablauf der zweijährigen Frist aus der Haft entlassen, so hat der Richter auf der Klagurkunde zu bemerken, daß und wie lange die Haft angelegt gewesen sei[25]. Anderweit beantragter Schuldarrest ist dann auf den Rest der Frist zu beschränken[26]. Gelangt der Schuldner erweislich zu besserem Vermögen[27], so kann nach richterlichem Ermessen, jedoch nur nach vorgängigem Bescheide, gegen welchen mit Suspensiveffect appellirt werden kann, eine Erneuerung des Schuldarrests auf höchstens zwei Jahre stattfinden[28].

---

[17] Angez. Gesetz §. 12.

[18] Angez. Gesetz §. 14. Die Verpflichtung hierzu tritt aber, insoweit der Beklagte die eigene Verpflegung aufgiebt, oder wenn sonst dessen Detention im Gerichtsgefängnisse nothwendig wird, sofort wieder ein. Angez. Gesetz §. 14.

[19] Angez. Gesetz §. 23.

[20] Angez. Gesetz §. 22.

[21] S. oben not. 16.

[22] Angez. Gesetz §. 21.

[23] Angez. Gesetz §. 26. Appellation hiergegen ist nicht zu beachten, also als unzulässig mittelst bloßer Resolution zurückzuweisen und kein Bericht zu erstatten.

[24] Angez. Gesetz §. 22.

[25] Angez. Gesetz §. 24. Dieß geschieht auch wider Willen des Schuldners. Du Chesne im Archiv f. deutsches Wechselrecht II. p. 360, welcher zugleich darauf aufmerksam macht, daß der ausländische Richter, bei welchem der mit dieser Bemerkung versehene Wechsel producirt wird, davon keine Notiz zu nehmen braucht.

[26] Angez. Gesetz §. 25.

[27] Die Verbesserung der Vermögensumstände des Beklagten muß aber nach §. 27 des angez. Gesetzes eine wesentliche sein.

[28] Angez. Gesetz §. 27.

Tritt der Schuldner während des Wechselarrests das siebenzigste Lebensjahr an, so wird er daraus jedenfalls sofort entlassen[29]. Ebenso muß der Schuldner, wenn während des Arrests Concurs zu seinem Vermögen ausbricht, daraus ohne Weiteres entlassen werden[30]. Rechtsmittel des Klägers wider die Entlassung des Beklagten aus der Haft haben keine Suspensivkraft[31]. Auf die zu Gunsten des Schuldners eingeführten Beschränkungen der Schuldhaft kann nicht verzichtet werden[32]. Collidirt der Schuldarrest mit Untersuchungs- oder Strafarrest, so ist der Erstere bis zur Beendigung des Letzteren auszusetzen[33].

Siebentes Capitel.

Vom Exmissionsprocesse.

§. 44g.

Die Lehre von der Exmission auf Grund rechtskräftiger Entscheidungen oder proceßgerichtlicher Vergleichsprotokolle gehört der Lehre vom Hülfsverfahren an[1]. Auf Grund anderer öffentlicher Urkunden, aus denen das Recht, die Räumung eines Grundstücks zu verlangen, liquid wird, kann der Executionsproceß eingeleitet werden[2]. Ueberdieß kann die Heraussetzung eines entlassenen Beamteten, beziehendlich seiner Hinterlassenen aus einer Amtswohnung[3] von der Anstellungsbehörde verfügt und dazu einem

---

[29] Angez. Gesetz §. 16. Vergl. oben bei not. 5.

[30] Angez. Gesetz §. 20. Vergl. oben not. 9.

[31] Vergl. hiermit den not. 23 erwähnten Fall.

[32] Angez. Gesetz §. 28.

[33] Angez. Gesetz §. 29. Der Criminalrichter hat aber, wenn er die Aufhebung des von ihm verfügten Arrests beschlossen hat, davon den Civilrichter vor Entlassung des Inculpaten zu benachrichtigen und den Detinirten an diesen abzugeben. Angez. Gesetz l. l.

[1] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Processes §. 359.

[2] Siehe oben §. 40. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843 III, 20. p. 62 fg., 1856 N. F. IV, 12. p. 59 fg. Natürlich kann der Berechtigte in solchem Falle, wie den Executivproceß, oder den ordentlichen Proceß, so auch den Exmissionsproceß wählen. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 20. p. 63. Ackermann Rechtssätze N. F. III, 486. p. 314 fg., IV, 526. p. 61 fg.

[3] In anderen Fällen steht eine Verwaltungsbehörde, wenn sie als Verwalterin öffentlichen Vermögens eine Wohnung vermiethete, den Privaten völlig gleich.

Gerichte Auftrag ertheilt werden, in welchem Falle nicht die Grundsätze des Gesetzes vom 28. Februar 1838, sondern noch jetzt die Bestimmungen in Tit. XXXIX der Proceß-Ordnung zur Anwendung kommen. Daher hat die gegen die Heraussetzung eingewendete Appellation in diesem Falle allerdings Suspensivkraft, es müßte denn Gefährdung des öffentlichen Wohls zu befürchten stehen, wo dann mit der Heraussetzung auf Anordnung der Verwaltungsbehörde ohne Weiteres zu verfahren, auf die eingewendete Appellation aber erst nachträglich Bericht zu erstatten ist[4]. Da übrigens den Justizbehörden über die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der von den Verwaltungsbehörden getroffenen Maßregeln keine Cognition zusteht[5], so beschränkt sich in solchen Fällen die Cognition der Justizbehörden über die gegen die Heraussetzung erhobenen Einwendungen auf Prüfung der Gesetzlichkeit der Procedur, während es dem etwa durch die Heraussetzung in seinen Rechten Verletzten unbenommen ist, seine etwaigen Schädenansprüche im Rechtswege geltend zu machen[6].

Daneben hat aber der Gerichtsbrauch in Betracht, daß mit dem Nichträumen von Miethwohnungen, namentlich in größeren Städten[7], die nachtheiligsten Störungen für den bürgerlichen Verkehr verbunden sind, also in Anerkennung eines unabweisbaren, allein von der Gesetzgebung bis jetzt leider unbeachtet gelassenen Bedürfnisses, in Anlehnung an Titel I §. 6 der Erläuterten Proceß-Ordnung ein besonderes, dem Executionsprocesse ähnliches, durch das Gesetz v. 28. Februar 1838 nicht abgeändertes Verfahren, den sogenannten Exmissionsproceß[8] einge-

---

[4] Ein solcher Fall könnte namentlich bei Beamteten eintreten, welche ihre Amtswohnung in öffentlichen Anstalten haben.

[5] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 16.

[6] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 16.

[7] Von Pachtungen ländlicher Grundstücke zum Zwecke ihrer Bebauung gilt dieß also nicht, und macht es dabei keinen Unterschied, ob damit eine Wohnung verbunden ist oder nicht. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VII. p. 346 fg. u. XIV. p. 276 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. I, 98. p. 169. Dagegen wird das Exmissionsverfahren bei Miethwohnungen auf dem platten Lande und in kleineren Städten, sobald diese das Hauptobject der locatio conductio ausmachen, mit Recht ebenfalls zugelassen.

[8] Beck Executionsgesetz p. 53 fg. Auf die Fälle, wo der betreffende Miethzinß einen geringfügigen Gegenstand bildet, ist seine Anwendbarkeit nicht zu beschränken, da der Grund seiner Einführung auch auf andere Fälle gleichmäßig paßt. Ackermann Rechtssätze N. F. III, 485. p. 313 fg.

führt, in welchem auf Grund der freilich nur factischen Vermuthung, daß jedes Miethverhältniß ein vorübergehendes sei und der einseitigen Aufkündigung unterliege, nach vorgängiger gerichtlich erfolgter Aufkündigung [9] und eingereichtem Exmissionsgesuche, ohne vorausgegangenes Urthel oder proceßgerichtlichen Vergleich und ohne Production einer das Aufkündigungsrecht liquidstellenden Urkunde mit Erlassung einer Exmissionsauflage verfahren wird [10]. Das Exmissionsgesuch wird gewöhnlich sofort mit der Aufkündigung verbunden [11], und dann in der Exmissionsauflage dem Abmiether unter abschriftlicher Mittheilung der Aufkündigung sofort eventuell die nach Ablauf der Kündigungsfrist zu bewirkende Räumung der Miethwohnung unter der Verwarnung aufgegeben, daß im entgegengesetzten Falle ohne Weiteres mit seiner Heraussetzung aus der Miethwohnung verfahren werden würde. Die Länge der Aufkündigungsfrist richtet sich nach localen Gewohnheiten oder Statuten und wird regelmäßig von einem der am Orte üblichen Ausziehtermine bis zum nächsten bestimmt [12]. Der für den Executionsproceß vorgeschriebe-

---

[9] Dieser bedarf es auch dann, wenn das Exmissionsgesuch nicht vom ursprünglichen Vermiether selbst, sondern von einem Dritten ausgeht, welcher vermöge des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe" die Räumung des Grundstücks verlangt. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 20. p. 63. 1854 N. F. II, 96. p. 359 fg.

[10] Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1843. III, 20. p. 63. Hier wird nicht einmal sofortige Liquidstellung des Eigenthums oder des sonstigen Rechts, über das Grundstück zu disponiren, und des Miethverhältnisses wesentlich erfordert, obwohl dieselbe zweckmäßiger Weise, soweit möglich, immer sofort beigebracht wird. Vergl. unten bei not. 15. Das Civileigenthum des Impetranten am Grundstücke wird sich durch Bezugnahme auf das Grund- und Hypothekenbuch leicht in rechtliche Gewißheit setzen lassen. Der Vertreter des Berechtigten muß sich natürlich zum Processe legitimiren.

[11] Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843 III, 20. p. 62 fg. Vergl. unten bei not. 23.

[12] Dieß ist meist eine Vierteljahrsfrist — s. indeß, was Beck Executionsgesetz p. 54 über die Miethen unter 20 Thalern in Leipzig mittheilt — und entweder an den 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. October, oder an Ostern, Johannis, Michaelis und Weihnachten gebunden. Daraus, daß ein jährlicher Miethzinß festgesetzt worden ist, läßt sich an und für sich noch nicht abnehmen, daß auch die Aufkündigungsfrist eine einjährige sei. Wenn aber darüber Gewißheit vorliegt, in welchen Terminen der Miethzinß bezahlt worden oder zu bezahlen sei, so sind diese Termine für Bestimmung der Aufkündigungsfrist maßgebend. Die Bestimmungen der 21. Decision v. 1746 kommen hierbei aus dem Grunde nicht in Betracht, weil dieses Gesetz nur von der stillschweigenden Verlängerung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Miethvertrags handelt. Beck l. l. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 347 fg. Hat der Vermiether nach erfolgter gerichtlicher Aufkündigung einen zweiten Ausziehtermin ablaufen lassen, so ist er bis zur Liquidstellung einer

nen ausdrücklichen Nachlassung der Vorbringung von Einwendungen gegen die Auflage bedarf es hier nicht[13]. Indeß wird der Abmiether mit solchen Einwendungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gehört[14]. Der Impetrat kann mit diesen Einwendungen zunächst die Darlegung bezwecken, daß die Aufkündigung, beziehendlich die damit eventuell verbundene Exmissionsauflage in formeller Hinsicht nicht zu Recht bestehe. Hierüber cognoscirt der Richter auf Grund der Acten. Weiter kann der Impetrat das Eigenthum des Impetranten am Grundstücke, oder dessen sonstiges Dispositionsbefugniß über dasselbe, oder auch die Existenz des behaupteten Miethverhältnisses bestreiten, in welchem Falle die sofortige Liquidstellung dieser verneinten Thatumstände, insoweit solche überhaupt des Beweises bedürfen und nicht gleich anfangs durch Urkunden liquid gestellt sind, von Seiten des Impetranten unerläßlich wird[15], der Impetrat aber trotz dieser Liquidstellung berechtigt bleibt, seine Verneinung mittelst besonderer Klage auszuführen[16]. Endlich kann aber auch der Impetrat auf neue Thatsachen Bezug nehmen, welche ihn zu Fortsetzung des liquiden oder eingeräumten Miethverhältnisses berechtigen. In diesem letzteren Falle muß er die obenerwähnte ihm entgegenstehende factische Vermuthung[17], analog den Grundsätzen vom Urkundenprocesse durch Beibringung beweiskräftiger Urkunden zerstören, wodurch das exceptivische Vorbringen sofort liquid gestellt wird, indem illiquides Vorbringen zu besonderer An- und Ausführung verwiesen wird[18]. Erkennt der Impetrant die vom Impetraten zu diesem Zwecke producirten Urkunden an, oder be-

ausdrücklichen oder aus concludenten Handlungen sich ergebenden stillschweigenden Wiederherstellung des in Folge der Aufkündigung erloschenen Miethverhältnisses, also eines Verzichts des Impetranten auf das durch die Aufkündigung erlangte Recht auf die Räumung der Miethwohnung, auch jetzt noch zum Antrage auf Heraussetzung berechtigt, indem die die stillschweigende Verlängerung eines noch bestehenden Miethverhältnisses betreffenden Bestimmungen der Decisio 21 v. 1746 auf solchen Fall selbstverständlich keine Anwendung leiden können. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 347 fg.

13 Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 526. p. 61 fg.

14 Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 20. p. 62 fg. 1851. XI, 39. p. 159.

15 Ackermann Rechtssätze N. F. II, 306. p. 208 fg.

16 Dieß nach Analogie der Grundsätze vom Urkundenprocesse. S. oben §. 29.

17 Siehe oben nach not. 8.

18 Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. VII. p. 347 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851. XI, 39. p. 158 fg. Ackermann Rechtssätze

dürfen dieselben als öffentliche keiner Recognition, oder gesteht er die Einreden des Beklagten zu, ohne die dagegen etwa vorgebrachten Repliken auch seinerseits durch Urkunden sofort liquid zu stellen, so wird er zu Anstellung ordentlicher Klage verwiesen und das Exmissionsverfahren eingestellt. Der Richter cognoscirt über den gegen die Exmission vom Impetraten erhobenen Widerspruch im Wege der Resolution; ausnahmsweise wird wohl auch nach Anberaumung eines außerordentlichen Inrotulationstermins oder eines Verhörs ein Erkenntniß gefällt. Ist mit dem Widerspruche des Impetraten, wie gewöhnlich, eine eventuelle Appellation verbunden, so wird, falls sich diese Appellation durch die gefaßte Resolution nicht erledigt, unter Benachrichtigung der Parteien davon ein Tag zum Berichtsabgange festgesetzt und sodann in der auf Appellationen gegen das Verfahren vorgeschriebenen Form weiter verfahren[19]. Die Appellation hat hier Suspensivkraft[20]. Von ihrer Zulässigkeit gelten die allgemeinen Grundsätze[21]. Nach rechtskräftiger Erledigung derselben wird entweder mit der beantragten Exmission in der gewöhnlichen Weise gegen den Abmiether selbst sowohl, als seine Angehörigen und etwaigen Aftermiether[22] verfahren, oder das Exmissionsverfahren ganz eingestellt.

Wird das Exmissionsgesuch erst nach Ablauf der Kündigungsfrist eingereicht, so bedarf es in der darauf zu erlassenden Exmissionsauflage nur einer 14tägigen Paritionsfrist[23], innerhalb welcher der Impetrat mit Einreden nicht mehr gehört wird[24], in-

---

N. F. I, 83. p. 145 fg. u. 145. p. 281 fg. Nach Beck Executionsgesetz p. 55. not. * hat das Ober-Appell.-Gericht früher auch illiquide Einwendungen zugelassen.

[19] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr.. §. 339.

[20] Denn die Bestimmung in §. 30 des Gesetzes v. 28. Februar 1838 leidet in diesem Falle keine Anwendung. Beck Executionsgesetz p. 55. Käuffer die Appellationen p. 25 u. 41 fg. Roux in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 1. p. 21.

[21] Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 99. p. 285 fg. 1853 N. F. I, 120. p. 512. 1854. II, 122. p. 461. Roux in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß VIII, 1. p. 21 sub 21 f.

[22] Die hiergegen bisweilen erhobenen Bedenken entbehren alles Grunds, da der Aftermiether seine Berechtigung vom Abmiether herleitet und daher nicht mehr Recht haben kann, als dieser selbst. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1849. IX, 121. p. 439 fg.

[23] Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 20. p. 63.

[24] Dieß beruht auf dem silentium qualificatum, welches in der Nichtvorbringung der Einwendungen vor Ablauf der Aufkündigungsfrist gefunden wird. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 20. p. 63.

soweit solche nicht sogar im eigentlichen Hülfsverfahren noch Beachtung finden müssen[25].

Zweite Abtheilung.

Vom Besitzprocesse.

Achtes Capitel.

Vom Besitzprocesse im Allgemeinen.

§. 45.

Allgemeine Begriffe. Besitzproceß. Besitzrechtsmittel.

Streiten sich zwei Parteien lediglich über den Besitz einer körperlichen Sache oder eines dinglichen Rechts[1], also darüber, wer von ihnen als Besitzer der Sache oder des Rechts die aus dem Besitze als einem rein factischen Verhältnisse entspringenden Vortheile genießen solle, so bezeichnet man diesen Streit als einen Besitzstreit und das zu Erledigung desselben vor dem competenten Richter stattfindende Verfahren als einen Besitzproceß, processus possessorius, Possessorium[2]. Den Gegensatz

---

[25] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 372.

[1] In dem Falle, wenn über den Besitz von Befugnissen des öffentlichen Rechts zwischen zwei Betheiligten Streit entsteht, gehört der Besitzstreit zum Ressort der Verwaltungsbehörden. Demnach tritt dann das Administrativjustizverfahren ein, es müßte denn die Streitsache ihrer administrativen Natur ungeachtet, gesetzlich den Justizbehörden zugewiesen sein, wie dieß z. B. hinsichtlich der Streitigkeiten über den Besitz des Bierzwangs und des Rechts, auf dem Lande Bier zu brauen, auszuschroten und das eigene Gebräude zu verzapfen, der Fall ist. Vergl. A. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 26. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 17 am Ende §. 22 sub f. Beruft sich in einer solchen den Besitz eines Befugnisses des öffentlichen Rechts betreffenden Administrativjustizsache ein Theil auf einen besonderen Rechtstitel, so tritt zwar nach A. Gesetz §. 11. hinsichtlich der Erörterung und Entscheidung der Rechtsfrage die Competenz der Justizbehörden ein. Diese Competenz erstreckt sich aber keineswegs auf die bei der Verwaltungsbehörde bereits anhängige Besitzfrage. Vielmehr bleibt in Betreff dieser Besitzfrage auch dann die Competenz der Verwaltungsbehörde unverändert. Die Entscheidung derselben ist in solchem Falle nur eine provisorische, deren Gültigkeit durch den Eintritt der Rechtskraft der von der Justizbehörde über das Recht gefällten Endentscheidung aufgehoben wird. Vergl. A. Gesetz §. 11. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 17.

[2] Boehmer Exercitationes ad Pand. V, 90. p. 633 fg. F. A. Hommel Diss. de processu possessorio summariissimo, Lips. 1748. Danz Diss. Constitutionis Imperii specialis super litigiosa possessione dis-

zu diesem Besitzprocesse bilden zwar im Allgemeinen alle Processe, welche ein bestrittenes Recht zum Gegenstande haben. Weil aber um den Besitz persönlicher Rechte, getrennt von diesen Rechten selbst, nicht gestritten werden kann, so stellt man dem Besitzprocesse zweckmäßig nur denjenigen Proceß gegenüber, in welchem um dingliche Rechte gestritten wird und bezeichnet diesen Letzteren als petitorischen Proceß, processus petitorius, Petitorium[3]. Der Gegenstand des Besitzprocesses ist also nur das Factische des Besitzes einer körperlichen oder unkörperlichen Sache mit den daraus allein entspringenden Vortheilen — jus possessionis — nicht aber das Recht zu besitzen — jus possidendi[4].

---

quisitio, Stuttgart 1789. Klepe Diss. de natura et indole possessionis ad interdicta uti possidetis et utrubi reddenda necessariae, Lips. 1794. Kober Diss. de possessorio ordinario, Lips. 1805. Kiesselbach Diss. de judicio possessorio, Heidelberg 1816. Haus Diss. de vera indole processus possessorii summariissimi, Virceb. 1818. Albert über das interdictum uti possidetis der Römer als Grundlage der richtigen Erkenntniß des heutigen sogenannten possessorium summariissimum und ordinarium, Halle 1824. Albrecht die Gewere, Königsberg 1828. Claproth Summ. Pr. §. 233 fg. Danz Summ. Pr. §. 8 fg. Ausg. II. v. Gönner Handbuch IV, 81. Martin Lehrbuch §. 258 fg. v. Linde Lehrbuch §. 341 fg. Thibaut im Archiv f. die civil. Praxis I, 7. p. 105 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 62 fg. v. Savigny Recht des Besitzes, Giessen 1837. §. 34 fg. p. 445 fg. Duncker in Reyschers und Wilda's Zeitschr. f. d. deutsche Recht, Leipzig 1839. II. p. 28 fg. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. XII, 6 u. 9. p. 143 fg. u. 283 fg. Geiger ebendas. XIII, 10. p. 238 fg. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proc. ꝛc. IV. §. IX. p. 285 fg. Mühlenbruch Entwurf §. 450 fg. Leyser Med. ad Pand. Sp. 499. Berger Electa Processus Possessorii, Lipsiae 1745. p. 86 sq. Ejusdem Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. Pfotenhauer, Abhandlung über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen, Leipzig 1797. Kees Diss. de judicio possessorio ordinario, Lips. 1805. Curtius Handbuch §. 480 fg. Biener Syst. §. 6. u. 264 fg. Kori Summ. Proc. §. 116 fg. Mittheilungen des Voigtländischen juristischen Vereins IV, 1. p. 1 fg. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. II, 21. p. 220 fg. Höpfner, die Besitzrechtsmittel und Besitzprocesse des heutigen gemeinen und königlich sächsischen Rechts, Leipzig 1841. Volkmann System §. 201 fg.

[3] Fr. 1. §. 2. Dig. Uti possidetis XLIII, 17. Tit. X. de causa poss. et propr. II, 12. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 45. Die publiciana in rem actio ist kein Besitzrechtsmittel fr. 3 sq. Dig. de publ. in rem act. VI, 2. Const. 30. Cod. de evict. VIII, 45. Decis. Elect. 1. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 319 fg. Glück Comm. VIII. §. 596. p. 331 fg. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 332.

[4] v. Savigny Besitz §. 36. p. 465 fg. Kind Quaest. For. III, 16. p. 72. v. Langenn u. Kori l. l. II, 21. p. 220 fg. v. Hartitzsch l. l. No. 317. Daher bedarf es auch der Anführung eines Rechtstitels bei keinem Besitzrechtsmittel. v. Savigny l. l. §. 51. p. 645 fg. v. Langenn u. Kori l. l. und unten §. 53. Cap. 9. X. de probat. II. 19. und Erl. Pr.-O. Anhang §. 20 stehen dem nicht entgegen. v. Hartitzsch l. l. No. 317.

Die Rechtsmittel, deren sich eine Partei bedienen kann, um das vom Gegner verletzte jus possessionis geltend zu machen, heißen possessorische oder Besitzrechtsmittel, remedia possessoria. Der Natur der Sache nach zerfallen diese Besitzrechtsmittel in drei Classen. Entweder der Kläger fordert als Nichtbesitzer vom Besitzer Einräumung des Besitzes, welchen er früher noch nicht ausgeübt hat — remedia adipiscendae possessionis[5] — oder er fordert als derzeitiger Besitzer Schutz des Besitzes, welchen er zur Zeit ausübt — remedia retinendae possessionis[6] — oder er klagt, nachdem er den Besitz bereits verloren hat, auf Wiedereinräumung des verloren gegangenen Besitzes — remedia recuperandae possessionis[7]. Alle diese Besitzrechtsmittel sind in der Proceßlehre nur insoweit von Interesse, als die Proceßform, in welcher sie verhandelt werden, eine summarische ist. Da der römische Interdictproceß[8] in Deutschland nicht recipirt, vielmehr das in Deutschland übliche Verfahren in Besitzstreitigkeiten nach zum Theil einheimischen, zum Theil canonisch-rechtlichen eigenthümlichen Grundsätzen ge-

---

5 §. 3. J. de interdictis IV, 15. Fr. 67. §. 1 u. 2. Dig. ad Sctm Trebell. XXXVI, 1. Fr. 10. pr. Dig. quae in fraudem cred. facta sunt XLII, 8. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 18 u. 30 fg. v. Linde Lehrbuch §. 346. v. Bayer Summ. Pr. §. 70 fg. Diese possessorischen Streitigkeiten stehen den petitorischen Processen am nächsten. Indeß ist der Impetrant nicht verpflichtet, auf eigentlich petitorische Ausflüchte des Impetraten sich zu erklären. v. Gönner l. l. §. 18. v. Savigny l. l. §. 35. p. 452 fg. Curtius l. l. §. 480.

6 §. 4 u. 5. de Interd. IV, 15. Tit. Dig. Uti possidetis XLIII, 17. Tit. Cod. Uti possidetis VIII, 6. v. Savigny l. l. §. 37 fg. p. 472 fg. v. Linde l. l. §. 343 fg.

7 §. 6. J. de Interd. IV, 15. Tit. Dig. de vi et de vi armata XLIII, 16. Tit. Cod. unde vi VIII, 4. Tit. Cod. Si per vim vel alio modo perturb. sit poss. VIII, 5. Tit. X. de restitut. spoliatorum. II, 13. Tit. eodem in VIto. II, 5. Claproth Summ. Pr. §. 90 fg. v. Linde l. l. §. 345. v. Savigny l. l. §. 40 fg. p. 505 fg. Francke im Archiv für die civil. Praxis XXII, 14. p. 350 fg. Vergl. über diese Eintheilung überhaupt Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. IX. p. 285 fg. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 10. p. 51 fg., welcher dieselbe als bei uns nutzlos verwirft.

8 Die Grundsätze dieses römischen Interdictprocesses sind in Deutschland niemals recipirt worden. Vielmehr beruht der deutsche Besitzproceß ebenso, wie der Sächsische, auf deutschrechtlichen und canonischrechtlichen Principien und giebt man sich daher vergebliche Mühe, die Lehre von den deutschen Besitzrechtsmitteln auf das Römische Recht zu basiren. Indeß ist der ordentliche Besitzproceß seinem Gegenstande nach dem Römischen Interdictum utrubi und uti possidetis nicht unähnlich. Vergl. Kind Quaest. For. III, 16. p. 75 fg. v. Langenn und Kori l. l. II, 21. p. 225. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 6. p. 143 u. p. 171. und die theilweise abweichenden Ansichten von Kori Summ. Pr. §. 116. v. Savigny l. l. §. 50 fg.

regelt ist, so dürfen die Vorschriften des römischen Rechts in dieser Lehre nur mit Vorsicht angewendet werden[9]. In Sachsen gilt der Grundsatz, daß in Besitzstreitigkeiten in der Regel in Form des ordentlichen Processes verfahren werde[10]. In Betreff der die Einräumung des Besitzes bezweckenden Besitzrechtsmittel gilt dieß ohne Ausnahme[11]. Dagegen findet in dem Falle, wenn der Kläger Schutz im Besitze oder Wiedereinräumung des verloren gegangenen Besitzes fordert, je nach Verschiedenheit der Fälle bisweilen ausnahmsweise summarisches Verfahren Statt.

§. 46.

Von den Voraussetzungen der Besitzrechtsmittel im Allgemeinen. Gegenstand des Besitzrechtsmittels.

Der Schutz, welchen der Staat dem Besitzer als solchem angedeihen läßt, beruht auf der allgemeinen Vermuthung, daß der Besitzer die körperliche Sache oder das Recht, woran er den Besitz oder Quasibesitz ausübt, mit Recht besitze[1]. Demnach ist der

---

[9] Hommel Rhaps. Obs. 178. Heerwart l. l.

[10] Wernher Obs. For. P. VII. Obs. 44. Leyser Med. ad Pand. Sp. 505. med. 4. Berger El. Proc. Poss. §. 1. Hommel Diss. laud. Quaest. 2. Pfotenhauer Besitz §. 2. p. 4. Biener Syst. §. 264 u. 270. Kori Summ. Proc. §. 133 fg. Höpfner l. l. §. 22. p. 112. Ueber das gemeine Recht siehe Thibaut Pandectenrecht §. 1217. Derselbe im Archiv für die civilist. Praxis X, 23. p. 462 fg., XVIII, 13. p. 331 fg. Glück Comm. VI. §. 498. p. 157. Martin Lehrbuch §. 259. v. Linde Lehrbuch §. 343. Heffter System §. 424. Mittermaier l. l. p. 286. Mühlenbruch Entwurf §. 450. und 427. Vergl. auch v. Savigny l. l. §. 51. not. 1. p. 644. Ueber die Unzweckmäßigkeit summarischen Verfahrens bei den auf Einräumung des Besitzes gerichteten Besitzrechtsmitteln s. Mittermaier l. l. p. 317 fg.

[11] Dahin gehören namentlich das Interdictum quorum bonorum, Salvianum, quod legatorum, ex lege finali Codicis de edicto D. Hadriani tollendo u. s. w. v. Gönner Handbuch IV. 81. §. 30 fg. v. Bayer Summ. Proc. §. 70 fg. Wernher Obs. For. P. II. Obs. 477. P. IV. Obs. 14. u. 173. P. V. Obs. 205. P. VI. Obs. 312. P. VII. Obs. 102. P. VIII. Obs. 407. P. IX. Obs. 178. P. X. Obs. 476. Leyser Med. ad Pand. Sp. 43. med. 5. Sp. 379. med. 3. Sp. 381. med. 4 fg. Sp. 500. u. 511. Hommel Rhaps. Obs. 320. u. 836. Kori Summ. Pr. §. 116. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 173. Die römischen Interdicte, welche ein Gebot oder Verbot betreffen, sind ebenfalls in Form des ordentlichen Processes zu verhandeln, gehören jetzt aber zum größten Theile zu den Polizeisachen. Kori l. l.

[1] §. 4. J. de interd. IV, 15. Fr. 5. pr. Dig. Si ususfr. pet. VII, 6. Fr. 2. Dig. Uti poss. XLIII, 17. Fr. 128. pr. Dig. de Reg. Jur. L, 17. Const. 11. Cod. de hered. petit. III, 31. Const. 28. Cod. de rei vind. III, 32. Const. 3. Cod. de probat. IV, 19. Berger El. Proc. Poss. §. 26. Kori Summ. Pr. §. 116. p. 210.

Gebrauch der Besitzrechtsmittel in Bezug auf diejenigen Sachen und Rechte ausgeschlossen, bei denen die Vermuthung, daß der Besitzer mit Recht besitze, nicht eintritt [2]. Namentlich gilt dieß von solchen Sachen, welche dem Verkehr dergestalt gänzlich entzogen sind, daß an ihnen Besitz und Rechte gar nicht erlangt werden können [3]. Dasselbe gilt von rein persönlichen Rechten, welche von der Person untrennbar sind [4], sowie von Rechten, welche, ohne mit dem Besitze einer Sache verbunden zu sein, bloß auf einem persönlichen, wenn auch durch Pfand gesicherten Anspruche beruhen [5], und von Handlungen, welchen schlechthin verbietende Gesetze entgegenstehen, oder von Rechten, welche die Natur eines Privilegiums haben [6]. Auf gleiche Weise ist der Besitzproceß ausgeschlossen, wo es sich um den ausschließlichen Besitz oder Gebrauch einer res merae facultatis, einer res publica oder universitatis handelt, deren Gebrauch in der Regel einem Jeden freisteht, es müßte denn eine Verhinderung am Gebrauche stattgefunden und der Gegner sich dabei beruhigt haben [7]. Ebensowenig eignet sich der Anspruch auf Befreiung von allgemeinen Verbindlichkeiten zu Anstellung des Besitzprocesses, falls nicht eine Verweigerung stattgefunden und der Gegner sich dabei beruhigt hat [8]. Ist die Befreiung von der Verbindlichkeit vom Gesetz schlechterdings ausgeschlossen, so berechtigt auch die angegebene Ausnahme

---

[2] Biener Syst. §. 264.

[3] Dahin gehören namentlich auch höhere Regalrechte. Vergl. hierzu Höpfner Besitzrechtsmittel §. 7. p. 33 fg. Von zufälligen Hoheitsrechten s. unten §. 51.

[4] Kori l. l. §. 116. p. 211.

[5] Vergl. Hommel Rhaps. Obs. 422. Biener Opusc. II, 108.

[6] Cap. 9. X. de probat. II, 19. Berger El. Proc. Poss. §. 26. Wernher Obs. For. P. IX. Obs. 42. Pfotenhauer Besitz §. 8. 14 u. 16. Kori l. l. §. 116. p. 210 u. 211. und die im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1841. I, 64. p. 215 fg. und 217 fg. mitgetheilten Erkenntnisse der Juristenfacultäten zu Leipzig, Erlangen und Göttingen und des Ober-Appell.-Gerichts zu Jena.

[7] Wernher Obs. For. P. I. Obs. 87. P. II. Obs. 353. P. III. Obs. 222. Leyser Med. ad Pand. Sp. 462. Pfotenhauer l. l. §. 16. p. 58 fg. Biener Syst. §. 265. not. 4. Vergl. Glück Comm. I. §. 15. p. 110 fg. Hommel Rhaps. Obs. 33. Ueber die Frage, ob der Besitzproceß auch für den Gebrauch eines öffentlichen Wegs zulässig sei, s. die von v. Langenn und Kori Erörter. pract. Rechtsfr. I, 27. p. 229 fg. u. im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1848. VIII, 9. p. 33 fg. mitgetheilten Entscheidungen und die von Höpfner Besitzrechtsmittel p. 34. not. 64. dagegen geltend gemachten Bedenken.

[8] Biener l. l.

zu Anstellung des Besitzprocesses nicht[9]. Sachen, von deren Besitz und Gebrauch überhaupt Niemand ausgeschlossen werden kann, res omnium communes, können in keinem Falle Gegenstand des Besitzprocesses sein[10]. Die Lehre von der Erwerbung des Besitzes gehört in das materielle Recht[11].

§. 47.

Fortsetzung. Von der Besitzstörung.

In gleicher Weise, wie Verfolgung eines Rechts nur dann nöthig wird, wenn ein Gegner vorhanden ist, welcher dieses Recht anzuerkennen sich weigert und wie sich daher der Kläger, welcher ein Recht verfolgt, in allen Fällen auf eine stattgefundene Rechtsverletzung beziehen muß[1], so hat auch der Besitzer nur dann Veranlassung, ein Besitzrechtsmittel zu brauchen, wenn ein Gegner vorhanden ist, welcher den Besitz anzuerkennen sich weigert, und muß sich daher der Kläger im Besitzprocesse auf eine stattgefundene Störung seines Besitzes ausdrücklich beziehen[2]. Als eine solche Besitzstörung, welche zu Anstellung eines Besitzrechtsmittels Veranlassung giebt, ist jede Handlung[3] anzusehen, wodurch der

---

[9] So z. B. bei der Abgabenfreiheit.

[10] Biener l. l.

[11] Vergl. besonders Mühlenbruch Doctr. Pand. II. §. 238 u. 240. v. Savigny Besitz §. 13 fg. p. 225 fg. Kori im Archiv f. d. civilist. Praxis XXIX, 13. p. 407 fg. Wichtig ist hier die Lehre vom Erwerbe des Besitzes durch Stellvertreter. Vergl. §. 5. J. de interd. IV, 15. Tit. J. per quas personas cuique adquiratur II, 9. Fr. 20. Dig. Quemadm. serv. amittantur. VIII, 6. Fr. 1. §. 9. fr. 9. u. 42. §. 1. Dig. de adquir. vel amitt. poss. XLI, 2. Fr. 1. §. 1. fr. 3. §. 4. Dig. de itinere actuque priv. XLIII, 19. Fr. 111. Dig. de verb. oblig. XLV, 1. Der Stellvertreter muß den Besitz und zwar für seinen Auftraggeber ergriffen, die Besitzhandlung als ein Recht dessen, für den der Besitz ergriffen werden soll, ausgeübt, auch dieser Letztere davon Nachricht erhalten haben. Auch wird ein vorausgegangener, dem Stellvertreter ertheilter Auftrag, oder doch nachträgliche Genehmigung der Besitzergreifung erfordert. Im ersteren Falle beginnt der Besitz mit der Besitzergreifung, im Letzteren mit der Genehmigung. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 59. Fortgesetzt wird der einmal erworbene Besitz oder Quasibesitz auch ohne Auftrag durch den Stellvertreter, sobald derselbe nur den Besitz nicht für sich, sondern im Namen des Besitzers ausübt. Vergl. v. Savigny Besitz §. 26. p. 350 fg. und §. 33. p. 426 fg. v. Langenn und Kori l. l. I, 27. p. 232.

[1] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 1. u. 211.

[2] Claproth Summ. Pr. §. 30. Kori Summ. Pr. §. 117. Heerwart in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. XII, 6. §. 27. p. 200 fg.

[3] Hommel Rhaps. Obs. 422. Vergl. auch hierzu das im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1843. III, 5. p. 15 fg. mitgetheilte Ober-Appellationsgerichtserkenntniß, wo ausgesprochen wird, daß das Ueberhängen der

ruhige Besitz und Gebrauch der körperlichen oder unkörperlichen Sache gefährdet oder ganz oder theilweise gehindert wird. Dieselbe kann ebensowohl in Thätlichkeiten, als in Worten bestehen, wodurch der Beklagte den ruhigen Besitz oder Quasibesitz des Klägers zu stören beabsichtigt[4]. Bisweilen reicht dazu schon die erwiesene oder eingeräumte Absicht zu stören hin[5]. Die Störung besteht entweder in einer Entsetzung aus dem Besitze, wodurch dieser Letztere für den Kläger verloren ging, oder nur in einer Beunruhigung des Besitzes, welche den Verlust desselben nicht zur Folge hatte[6]. Zur Entsetzung aus dem Besitze reicht[7] bei körperlichen beweglichen Sachen der Verlust der factischen Detention hin. Dagegen geht der Besitz an Grundstücken nicht eher verloren, als bis es dem Besitzer unmöglich wird, denselben wieder factisch zu ergreifen[8]. Die Entsetzung aus dem Quasibesitze affirmativer dinglicher Rechte an fremden Sachen tritt mit jeder Handlung eines Anderen ein, wodurch die Möglichkeit aufgehoben wird, die ursprüngliche Herrschaft zu reproduciren, also den Quasibesitz wieder auszuüben[9], sowie mit dem Zeitpuncte, wo ein Anderer den ausschließlichen Quasibesitz erwirbt. Bloße Verhin-

---

Aeste eines dem Nachbar zugehörigen Baumes kein factum turbativum sei. Pfändungen sind auch dann als Besitzstörungen anzusehen, wenn sie außergerichtlich erfolgen. Hommel l. l. Obs. 580.

[4] Fr. 1. §. 3. Dig. Uti possidetis XLIII, 17. Berger El. Proc. Poss. §. 33. Hommel l. l. Obs. 177. Mencken Diss. de possessionis turbatione verbis vel scriptis facta, Viteb. 1780. Pfotenhauer Besitz §. 7. p. 20. Kind Quaest. For. III, 32. p. 143. Curtius Handbuch §. 482. Biener Syst. §. 265. Kori l. l. §. 117. Volkmann Syst. §. 202. Namentlich gehört dahin auch die mündliche Verweigerung einer Leistung. Pfotenhauer l. l. §. 7. p. 21. Dieselbe berechtigt auch außerdem zur Provocation. Läugnet der Beklagte in der Einlassung den Besitz des Klägers, so genügt dieß allein zur Störung. Pfotenhauer l. l. §. 7. p. 20. und unten §. 62. Auf wörtliche Anmaßung des Rechts selbst kann die summarische Besitzklage nicht gestützt werden. Berger l. l. Kori l. l. §. 117. p. 217. not. 9.

[5] Wernher Obs. For. P. VIII. Obs. 396. Pfotenhauer l. l. §. 7. p. 20. Kori l. l. §. 117. In allen Fällen wird das Vorhandensein des animus turbandi possessionem erfordert. So hat auch das App.-Gericht zu Dresden erkannt.

[6] v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 23.

[7] Der Wegfall des animus possidendi hat zwar ebenfalls den Verlust des Besitzes zur Folge, gehört aber hierher nicht, da darauf der Gegner nicht einwirken kann.

[8] v. Savigny Besitz §. 30. 31 u. 32. Löbenstern in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. IX, 13. p. 393. Ueber die Frage, ob der Besitzer eines Feldstücks dadurch aus dem Besitze gesetzt wird, daß ein Anderer die Feldfrüchte aberntet, s. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung Neue Folge V. p. 171.

[9] v. Savigny Besitz §. 45. p. 577. §. 46. p. 585 fg. u. §. 47. p. 609.

derung der Ausübung des Rechts oder Verweigerung der Leistung, wodurch die Möglichkeit, den Quasibesitz auch ferner auszuüben, nicht aufgehoben wird, genügt dazu nicht. Vielmehr ist diese nur als Beunruhigung des Quasibesitzes zu betrachten. Entsetzung aus dem Quasibesitze negativer dinglicher Rechte an fremden Sachen findet dann Statt, wenn der Gegner den Quasibesitz der entgegenstehenden Befreiung von dem negativen dinglichen Rechte erworben hat. Aus dem Quasibesitze der natürlichen Freiheit wird der Eigenthümer entsetzt, wenn der Gegner den Quasibesitz des Rechts an der fremden Sache erwirbt[10]. Die bloße Ausübung einer Handlung, welche dem negativen dinglichen Rechte oder der natürlichen Freiheit zuwiderläuft, ist als Entsetzung aus dem Quasibesitze nur dann anzusehen, wenn die fernere Ausübung des negativen Rechts oder der natürlichen Freiheit dadurch unmöglich gemacht wird. In allen anderen Fällen wird der Quasibesitz dadurch nur beunruhigt[11]. Ist der Besitzer durch die Störung aus dem Besitze oder Quasibesitze entsetzt worden, so bedarf es zur Wiedererlangung desselben eines remedium recuperandae possessionis[12]. Bestand dagegen die Störung nur in Drohungen, erfolglosem Versuche der Entsetzung oder sonstigen Handlungen, welche den Verlust des Besitzes oder Quasibesitzes nicht nach sich ziehen, so ist das Besitzrechtsmittel nur auf Schutz im Besitze gegen künftige Störungen gerichtet, also ein remedium retinendae possessionis[13]. Darauf, ob die Besitzstörung vom Beklagten unmittelbar, oder durch dritte Personen mittelbar verübt worden ist, kommt nichts an[14].

Während des Besitzprocesses wird der derzeitige Detentor im Besitze geschützt[15]. Ist aber auch die Detention oder Quasidetention zweifelhaft, so kann auf Antrag eines Betheiligten mit

---

[10] v. Savigny l. l.

[11] Ueber den Verlust des Besitzes überhaupt vergl. besonders v. Savigny l. l. §. 29 fg. p. 381 fg. Löbenstern in der Zeitschrift für Civilr. u. Proceß IX, 13. p. 388 fg.

[12] Vergl. oben §. 45.

[13] Vergl. oben §. 45.

[14] Indeß muß sich der Kläger im letzteren Falle passiv zur Sache legitimiren. v. Gönner l. l. u. unten §. 62 bei not. 13. vergl. mit §. 49.

[15] Kori l. l. §. 116. p. 212 u. §. 136. p. 250. Ueber die Frage, ob der während des Besitzprocesses ausgeübte Besitz zu Fortsetzung der Adquisitivverjährung geeignet sei, wenn der Besitzer im Erkenntnisse über den Besitz in diesem Besitze geschützt worden ist, s. Kind Quaest. For. III, 32. p. 143 fg.

Sequestration oder gerichtlicher Verwahrung der Streitsache für die Dauer des Besitzprocesses verfahren werden[16].

§. 48.

Von der Thätigkeit der Behörden im Fall geschehener Besitzstörung.

Die für die Sicherheit des Rechtszustands nachtheiligen Folgen der Selbsthülfe haben in gut organisirten Staatsverfassungen nicht nur das allgemeine Verbot dieser Selbsthülfe, sondern auch die Bestimmung veranlaßt, daß die Verübung derselben eine strafbare Handlung sei, welche öffentliche und nach Befinden auch Privatstrafen zur Folge hat[1]. Namentlich ist die Selbsthülfe auch im Königreich Sachsen nicht nur mit öffentlicher Strafe[2], sondern auch in dem Falle, wenn sie mit eigenmächtigen, gewaltsamen und friedbrüchigen Handlungen verknüpft ist, mit Verlust des Besitzstands und der damit verbundenen Vortheile bedroht[3]. Die Untersuchung und Bestrafung dieser Selbsthülfe gehört vor die Justizbehörden[4]. Außerdem ist es der competenten Justizbehörde gestattet, in dem Falle, wenn die Besitzfrage eine privatrechtliche[5] ist und aus der Verwirrung des Besitzstands momentan eine Gefahr für den allgemeinen Rechtszustand zu befürchten ist, indem beide Parteien, zwischen denen der Besitzstand streitig geworden ist, zu Begehung der Selbsthülfe bereit sind, von Amtswegen, also justizpolizeilich einzuschreiten und durch Erlassung

---

16 Biener l. l. §. 264. Kori l. l. §. 116. Wenn Gefahr im Verzuge ist, kann sogar die Sequestration von Amtswegen angeordnet werden. Rchs-Constitution v. 1532. Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555. II, 21. §. 3. Concept der Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1613. II, 22. §. 4 u. 5. Auch kann während des Ordinarium oder Petitorium das Summarium angestellt werden, wenn der neueste Besitz gestört wird. Berger El. Proc. Poss. §. 42. Pfotenhauer l. l. §. 29. Kori l. l. §. 136.

1 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 1 u. 38.

2 Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen v. 11. August 1855 Art. 247.

3 Generale v. 19. Februar 1789. C. II. C. A. I. p. 499 in der Oberlausitz bekannt gemacht durch Rescript v. 8. April 1789 u. Oberamtspatent v. 6. Mai 1789. C. II. C. A. III. p. 285. Das Recht selbst geht nicht verloren. Kind Quaest. For. III, 2. p. 6 fg.

4 A. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 20. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 20. sub k.

5 Ueber den Fall, wenn es sich um den Besitz von Befugnissen des öffentlichen Rechts handelt, s. oben §. 45. not. 1. u. unten bei not. 8. Einige Fälle dieser Art sind in Betreff der Competenz den privatrechtlichen Besitzstreitigkeiten gesetzlich gleichgestellt. Vergl. oben §. 45. not. 1.

von Manutenenzdecreten, oder auch durch Bestellung eines Sequesters oder gerichtliche Verwahrung des Streitgegenstands einen provisorischen Besitzzustand festzustellen[6]. Auf gleiche Weise kann in dem Falle, wenn die von einer Partei oder von beiden Parteien gleichzeitig geschehenen Besitzstörungen gewaltsame und mit Auftritten verbunden sind, welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit stören und in wirkliche öffentliche Excesse ausarten, der Ortspolizeibehörde das Recht, von Amtswegen oder auf Antrag eines Betheiligten einzuschreiten und durch Strafverbote oder durch Anwendung wirklicher Zwangsmittel die öffentliche Ruhe wieder herzustellen und zu erhalten, auch dann nicht abgesprochen werden, wenn es sich um den Besitz einer körperlichen Sache oder eines Privatrechts handelt[7]. Doch ist diese Verwaltungsbehörde dazu in solchem Falle nur so lange berechtigt, als die exceßmäßige Störung der öffentlichen Ruhe dauert. Auch hat sich dieselbe auf die angegebenen Grenzen ihrer Thätigkeit ausschließlich zu beschränken und in die Cognition über den Besitzstreit in keiner Weise einzumischen, also namentlich über die privatrechtliche Besitzfrage weder provisorisch noch definitiv zu verfügen. Liegt dagegen keiner der angegebenen Fälle vor, in denen ein amtliches Einschreiten der Justiz- oder Verwaltungsbehörden aus justiz- oder sicherheitspolizeilichen Rücksichten sich rechtfertigen läßt, werden vielmehr durch die stattfindende Besitzstörung nur die Privatinteressen der Parteien verletzt oder bedroht, so ist zu unterscheiden, ob es sich um den Besitz einer körperlichen Sache oder eines Privatrechts, oder ob es sich um den Besitz eines Befugnisses des öffentlichen Rechts handelt. Im ersteren Falle gilt die allgemeine Regel, daß nur der Richter und zwar lediglich auf Antrag eines der Betheiligten, welcher sich in seinem Besitze verletzt glaubt, also nach der Verhandlungsmaxime thätig werden dürfe, mag nun der Antrag auf provisorische oder auf definitive Regulirung des Besitzstands

---

[6] Vergl. Rchs-Constitution v. 1532. Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555. II, 21. §. 3. Concept der Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1613. II, 22. §. 4 u. 5. Angez. Generale v. 19. Februar 1789. Danz Summ. Pr. §. 16. not. b. Aufl. II. Süptitz Summ. Pr. §. 83. Aus dieser justizpolizeilichen Thätigkeit des Richters ist überhaupt das ganze Institut des summarischen Besitzprocesses herzuleiten.

[7] Von der Competenz der Verwaltungsbehörden in Fällen, wo es sich um den Besitz von Befugnissen des öffentlichen Rechts handelt, siehe unten bei not. 10. und oben §. 45. not. 1.

gerichtet sein[8]. Daraus folgt auch, daß die Besitzstreitigkeiten als solche, soweit es sich nicht um den Besitz von Befugnissen des öffentlichen Rechts handelt, zu den Justizsachen gehören, und daß daher diejenige Partei, welche sich in ihrem Besitze verletzt glaubt, zu Verfolgung ihres jus possessionis die competente Justizbehörde anzugehen hat[9]. In dem Falle, wenn über den Besitz von Befugnissen des öffentlichen Rechts zwischen den Betheiligten Streit entsteht, gehört der Besitzstreit zum Ressort der Verwaltungsbehörden[10].

§. 49.

Von den Subjecten im Besitzprocesse.

Der Kläger im Besitzprocesse muß im Allgemeinen, namentlich aber hinsichtlich der Sache, um deren Besitz es sich im concreten Falle handelt, dispositionsfähig sein[1]. Gleichgültig ist, ob derselbe eine einzelne physische oder juristische Person oder eine Corporation ist[2]. Mitbesitzer, welche eine Sache pro diviso oder pro indiviso gemeinschaftlich besitzen, können nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegeneinander Besitzrechtsmittel anstellen, sobald sie im ruhigen Mitbesitze gestört worden sind[3]. Die Erben des Gestörten können nach erfolgtem Antritt der Erbschaft nicht nur den von ihrem Erblasser bereits anhängig gemachten Besitzproceß fortstellen, sondern auch auf den Grund einer ihrem Erblasser widerfahrenen Störung eine neue Besitzklage anstellen[4]. Von

---

[8] Vergl. hierzu mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 52.

[9] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 13. not. 2. und §. 45.

[10] Siehe hierüber oben §. 45. not. 1.

[1] Biener Syst. §. 264. Ueber das possessorische Klagrecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repräsentanten s. Th. A. Ludwig Schmidt über das possess. Klagrecht ꝛc. Gießen 1838. Derselbe in der Zeitschrift für Civilr. u. Proceß XIV, 3. p. 43 fg., welcher dieses Klagrecht läugnet.

[2] Horn Diss. de possessione universitatis et quomodo ab eadem possideatur, Vitemb. 1701. Biener l. l. §. 265. not. 4. Volkmann System §. 203.

[3] Biener l. l. §. 265 am Ende. Volkmann System §. 203.

[4] Carpzov Jur. For. III, 9. def. 27. Leyser Med. ad Pand. Sp. 508. Med. 11 u. 12. Hommel Rhaps. Obs. 685. Pfotenhauer Besitz §. 13. Curtius Handbuch §. 486. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 18. p. 101. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Pr. XII, 6. §. 25. p. 199 fg. Albert interd. uti possidetis §. 156 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1849. IX, 67. p. 230 fg. Besitzergreifung von Seiten der Erben selbst wird nur in Betreff der Erbschaft, nicht der einzelnen Sache erfordert. Vergl. hierzu v. Savigny Besitz §. 5. p. 26 fg. §. 27. §. 28. p. 376 fg.

Singularsuccessoren des Gestörten gilt dieß nach der richtigeren Ansicht nicht[5]. Sind aber die Singularsuccessoren selbst in der Ausübung des Besitzes gestört worden, so können sie sich auf die Besitzhandlungen ihrer Vorgänger im Besitze beziehen[6]. Dispositionsfähigkeit des Beklagten wird nicht erfordert. Ist der Beklagte eine Corporation, so muß sich der Kläger auf Besitzhandlungen beziehen, welche gegen die Corporation als solche, oder gegen sämmtliche Mitglieder derselben vorgenommen worden sind, ohne daß ein einziges widersprochen hat[7]. Auch wird eine Besitzstörung erfordert, welche von der ganzen Corporation oder doch von einzelnen Mitgliedern derselben als solchen ausging[8]. Gegen die Erben des Störers kann der Besitzproceß nur dann angestellt werden, wenn dieselben die Störung fortgesetzt haben. Im entgegengesetzten Falle sind dieselben nur zum Ersatz der durch die Störung verursachten Schäden verpflichtet[9]. Gegen die Singularsuccessoren des Störers können die Besitzrechtsmittel in der Regel nicht und nur dann angestellt werden, wenn in Folge der Störung des Vorgängers etwas von dem Besitzthume des Klä-

---

Berger El. Proc. Poss. §. 34. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 120. Hommel l. l. Biener l. l. §. 269. Obs. 2.

[5] Fr. 1. §. 24. Dig. de aqua quot. XLIII, 20. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 6. §. 32. p. 210. Volkmann l. l. §. 203. Vergl. Höpfner l. l. p. 101 fg., welcher bemerkt, daß dieß nach Sächsischem Gerichtsbrauche nur vom Possessorium Summarium gelte, während das Ordinarium und das Remedium spolii auch auf die Singularsuccessoren übergehe. Macht sich der zur Unterlassung aller Besitzstörungen auf Antrag des Erblassers rechtskräftig verurtheilte Gegner einer neuen Besitzstörung schuldig, so bedarf es keiner neuen Besitzklage von Seiten der Erben. Vielmehr wird die angedrohte Strafe beigetrieben. Hommel l. l.

[6] Fr. 2. §. 3. Dig. si serv. vind. VIII, 5. Fr. 2. §. 3. Dig. de interdictis XLIII, 1. Fr. 3. §. 6. 9. 10. fr. 5. §. 2. fr. 6. Dig. de itinere actuque priv. XLIII, 19. Fr. 1. §. 37. Dig. de aqua quot. XLIII, 20. Fr. 3. §. 7. Dig. de rivis XLIII, 21. Fr. un. §. 3 et 11. Dig. de fonte XLIII, 22. Heerwart l. l. §. 25. p. 199 fg.

[7] v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 23. Wernher l. l. P. IV. Obs. 217. Leyser l. l. Sp. 453. med. 8. Pfotenhauer l. l. §. 12. p. 45. Curtius l. l. §. 484. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 319. Volkmann System §. 203.

[8] Claproth Summ. Pr. §. 30. Kori Summ. Pr. §. 117. Hat sich eine Corporation des Spolium schuldig gemacht, so kann die exceptio spolii auch denjenigen einzelnen Mitgliedern entgegengesetzt werden, welche daran Theil hatten. Wernher l. l. P. X. Obs. 257.

[9] Berger El. Pr. Poss. §. 34. Pfotenhauer l. l. §. 13. Curtius l. l. §. 486. War der Erblasser bereits rechtskräftig im Possessorium verurtheilt, so verfällt der Erbe, welcher eine abermalige Störung sich zu Schulden kommen läßt, ohne Weiteres in die dem Erblasser angedrohte Strafe. Hommel l. l. Obs. 685.

gers auf sie übergegangen ist und sie sich in mala fide befinden [10]. Erklärt der Beklagte, daß er die störende Handlung auf Befehl oder im Auftrage eines Dritten vollzogen habe, so scheidet derselbe aus dem Besitzprocesse nach den Grundsätzen von der nominatio auctoris aus [11]. Die Competenz des Richters richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen [12]. Namentlich ist in Besitzstreitigkeiten der persönliche Richter des Beklagten und der Richter der gelegenen Sache competent [13]. Indeß hat auf Bestimmung des Gerichtsstands, sobald ein Besitzrechtsmittel bereits anhängig geworden ist, nicht selten der Zusammenhang der Rechtssachen Einfluß [14]. Auch muß bisweilen auf den gesetzlich befreiten Gerichts-

---

[10] Vergl. Heerwart l. l. §. 32. p. 211 fg. u. über das Spolium cap. 18. X. de rest. spol. II, 13. Geiger in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XIII, 10. p. 282 fg. u. unten §. 57. not. 8. Höpfner l. l. p. 103. Der curator litis kann aus einer vom Gemeinschuldner begangenen Besitzstörung nicht belangt werden. Biener l. l. §. 269. Obs. 2.

[11] Kori l. l. §. 116. p. 213. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 13. p. 117 fg. Höpfner l. l. §. 29. p. 165. Volkmann System §. 205. Die Nennung des Urhebers von Seiten des Beklagten ist im Besitzprocesse, mag derselbe summarisch sein oder nicht, keineswegs nothwendig, sondern nur gestattet, weil dadurch doppelte Processe vermieden werden. v. Langenn u. Kori l. l. p. 127 u. 133. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 194 bei not. 5.

[12] Höpfner l. l. §. 23. p. 115 fg.

[13] Diese beiden Gerichtsstände concurriren electiv. Hommel Rhaps. Obs. 104. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 139. Bei Militairpersonen fällt die Wahl zwischen denselben dann weg, wenn es sich um den Besitz von Grundstücken handelt, indem in solchen Fällen das forum rei sitae ausschließlich zuständig ist. C. Gesetz vom 28. Januar 1835. §. 36. sub 1. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 139 bei not. 7. Ueber das römische Recht s. const. un. Cod. Ubi de possess. agi oporteat. III, 16. Das forum arresti gehört natürlich auch hierher. Vergl. Pfotenhauer l. l. §. 15. p. 54 fg. Biener l. l. §. 264. Obs. Kori l. l. §. 116. p. 212. Weiske Lehrbuch §. 130. not. 2. Höpfner l. l. §. 23. p. 117. Volkmann System §. 204. Handelt es sich um den Besitz eines eremten Grundstücks, so muß die Klage bei dem Gerichte angestellt werden, welches die Gerichtsbarkeit über das Grundstück hat. Hommel l. l. Obs. 651 u. 819. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 156. Nach Art. 22 der Staatsverträge zwischen Sachsen einerseits und Preußen, Sachsen-Altenburg, Reuß jüngerer und älterer Linie, Sachsen-Weimar-Eisenach, Sachsen-Coburg-Gotha andrerseits, ingleichen nach Art. 15 des Staatsvertrags zwischen Sachsen und Baden müssen possessorische Rechtsmittel, dafern sie eine unbewegliche Sache betreffen, vor dem judex rei sitae, können aber, wenn der Gegenstand beweglich ist, auch vor dem persönlichen Gerichtsstande des Beklagten erhoben werden. Verordnung vom 21. December 1839, vom 26. Juni 1840, vom 21. Juli 1845, vom 27. October 1845, vom 11. Februar 1847, vom 27. Juli 1848 und vom 31. Juli 1855.

[14] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 144 u. unten §. 59 am Ende.

stand des Grundstücks Rücksicht genommen werden, um dessen Besitz es sich handelt[15].

§. 50.

Von den einzelnen Besitzrechtsmitteln.

Die Besitzrechtsmittel, deren sich der Kläger bedient, um den Besitz einer Sache zu erlangen, in deren Besitz er sich früher nicht befunden hat, werden dem oben Gesagten zu Folge in Form des ordentlichen Processes verhandelt und wird daher von denselben hier nicht die Rede sein[1]. Dasselbe gilt von den römisch-rechtlichen Interdicten, welche ein Verbot oder Gebot enthalten, soweit dieselben nicht rein polizeilicher Natur sind und daher zu den Justizsachen gar nicht gehören[2]. Dagegen sind an die Stelle der römischen interdicta retinendae und recuperandae possessionis nach Deutschem und Sächsischem Rechte drei verschiedene Besitzrechtsmittel getreten, von denen das eine, das possessorium ordinarium[3] in Form des ordentlichen Processes, das possessorium summarium oder summariissimum[4] hingegen in Form des summarischen Processes verhandelt wird, während das remedium spolii[5] zwar im Allgemeinen das ordentliche Proceßverfahren zur Folge hat, von diesem aber in einigen Punkten wesentlich abweicht. Von den Unterschieden zwischen diesen verschiedenen den Schutz und die Wiedererlangung des Besitzes bezweckenden Besitzrechtsmitteln, namentlich aber von den Beziehungen, in welchen dieselben zu einander stehen, wird hier die Rede sein, in den folgenden Capiteln aber das eigenthümliche Verfahren dargestellt werden, welches bei Gelegenheit dieser einzelnen Besitzrechtsmittel stattfindet.

§. 51.

Vom Possessorium ordinarium und summarium im Allgemeinen. Gemeines deutsches Recht.

In den Fall, von einem den Schutz oder die Wiedererlan-

---

15 Pfotenhauer l. l. §. 15. p. 54 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 156. Vergl. noch die in not. 13 erwähnten Staatsverträge Art. 22 u. 24 sub 4. und beziehendlich Art. 17 sub 3.

1 S. oben §. 45 bei not. 5 u. 11. u. diese Noten selbst.

2 S. oben §. 45. not. 11 am Ende.

3 S. unten §. 51. 52. 54. 68.

4 S. unten §. 51. 53. 55 u. 62 fg.

5 S. unten §. 56 fg. u. 69.

gung des Besitzes bezweckenden Besitzrechtsmittel Gebrauch zu machen, kann nur derjenige kommen, welcher den Besitz oder Quasibesitz vor der erfolgten Besitzstörung[1] ausgeübt hat, also vor dieser Zeit Besitzer war und das mit dem factischen Besitzstande verbundene jus possessionis für sich in Anspruch zu nehmen berechtigt ist. Der Staat erkennt aber das jus possessionis nur dann an, wenn alle Erfordernisse eines juristischen Besitzes oder Quasibesitzes vorhanden sind[2]. Zu diesen Erfordernissen gehören bei körperlichen Sachen die ruhige d. i. vom Gegner nicht gestörte Detention, bei dinglichen Rechten nach Verschiedenheit der Fälle eine oder mehrere ruhige Besitzhandlungen, außerdem aber in allen Fällen die Absicht, den Besitz der Sache oder des Rechts auszuüben und Fehlerfreiheit des Besitzes oder Quasibesitzes[3]. Das Vorhandensein aller dieser Erfordernisse muß daher feststehen, bevor über die Frage, wer Besitzer sei, wem also das jus possessionis zustehe, im concreten Falle definitiv entschieden werden kann. Da zu dem Vorhandensein der Absicht zu besitzen bei körperlichen Sachen der bloße Wille des Detinirenden genügt, so kann im Besitzprocesse über den Besitz körperlicher Sachen zwischen den Parteien lediglich darüber gestritten werden, wer von ihnen vor der Besitzstörung detinirt habe und ob der Besitz fehlerfrei gewesen sei, oder nicht[4], während in Streitigkeiten über den Quasibesitz dinglicher Rechte nicht blos das Vorhandensein der zum Erwerb des Quasibesitzes geeigneten Besitzhandlungen und die Fehlerfreiheit dieser Besitzhandlungen, sondern auch die Frage streitig werden kann, ob sich die Annahme rechtfertigen lasse, daß die Besitzhandlungen in der Absicht vorgenommen worden seien, ein Recht auszuüben. Alle diese Fragen können natürlich in

---

[1] Vergl. unten not. 9.

[2] Indeß wird mittelst des Spolium sogar der bloße Detentor geschützt. S. unten §. 57.

[3] Ueber die Fehler des Besitzes s. unter den zahlreichen Schriftstellern über Besitz vorzüglich v. Savigny Besitz §. 40. 41 u. 42. Brackenhoeft im Archiv f. d. civ. Prax. XXIV, 1. p. 197 fg. Vergl. auch Wernher Obs. For. P. VI. Obs. 436. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 9. p. 25 fg. Daß der Besitz in gutem Glauben ausgeübt worden, ist nicht erforderlich, weil zum juristischen Besitze zwar Fehlerfreiheit, nicht aber guter Glaube erfordert wird und weil nicht jede possessio malae fidei eine vitiosa ist. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfragen I, 3. p. 28. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 24. p. 122.

[4] Giebt indeß der Kläger selbst zu, daß er ohne animus possidendi detinire, so wird er sachfällig.

einem und demselben Processe gleichzeitig streitig werden. Nun ist aber die zur definitiven Regulirung des Besitzstands wesentlich erforderliche Erörterung der Frage, ob der natürliche Besitz oder Quasibesitz der Partei fehlerfrei, also juristisch anerkennbar sei, oder nicht, nothwendig mit vielen Weitläufigkeiten verbunden, während dem Staate daran gelegen sein muß, daß den Parteien so rasch als möglich jede Veranlassung zur Selbsthülfe genommen werde. Zu einer solchen unerlaubten Handlung kann es während der processualischen Verhandlung über das jus possessionis um so leichter kommen, als der Besitz selbst, namentlich der Quasibesitz nicht selten zweifelhaft ist und daher jede Partei sich für berechtigt hält, die Ausübung des Besitzes oder Quasibesitzes von Seiten des Gegners für einen Act der Selbsthülfe zu nehmen und sich im Besitze oder Quasibesitze zu vertheidigen[5].

Deßhalb gestattet der deutsche Gerichtsbrauch[6] neben dem zur definitiven Regulirung des Besitzstands geeigneten feierlichen Besitzstreite zum Schutze des zur Zeit der Besitzstörung und unmittelbar vor derselben bestehenden factischen Besitzstands die Einleitung eines provisorischen[7] Besitzstreits. Dieser provisorische Be-

---

[5] Danz Diss. Constitutionis Imperii specialis super litigiosa possessione disquisitio, Stuttgart 1789. Haus Diss. de vera indole processus possessorii summariissimi, Wirceb. 1817. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 6 u. 22. v. Grolman Theorie §. 238. v. Linde Lehrbuch §. 344. v. Bayer Summ. Processe §. 65. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß 2c. IV. §. IX. p. 300. Pfotenhauer Besitz §. 3. p. 8. Kind Quaest. For. III, 16. p. 72 fg. Von der Competenz der Polizeibehörden s. oben §. 48.

[6] Aus dem Römischen Rechte läßt sich das Possessorium summarium nicht herleiten. Vielmehr beruht dasselbe auf der Reichs-Constitution de litigiosa possessione v. 1532. — vergl. Rchs-Cammergerichts-Ordnung v. 1555 II, 21. §. 3. Concept der Rchs-Cammerger.-Ordnung v. 1613. II, 22. §. 4 fg. — und auf den dort eingeführten Manutenenzdecreten, mandata de manutenendo (Recredentia, Inicio ad interim) des Reichs-Cammergerichts. Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht II. p. 28 fg. v. Bayer Summ. Processe §. 65. not. 3. Mittermaier l. l. p. 298 u. 300. Pfotenhauer l. l. §. 3. p. 7. A. M. sind v. Savigny Besitz §. 51. p. 635 fg. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß XII, 6 u. 9. p. 143 fg. u. 283 fg. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfragen II, 21. p. 221.

[7] v. Savigny l. l. §. 36. p. 467. vergl. mit §. 51. p. 638. Der ordentliche Besitzproceß ist allerdings kein provisorisches, wenn auch gewissermaßen ein vorbereitendes Rechtsmittel, da er die definitive Erledigung der Frage betrifft, wer juristisch anerkennbarer Besitzer sei. Martin Lehrbuch §. 259. Mittermaier l. l. p. 300. Auch ist der summarische Besitzproceß keineswegs im Verhältniß zum Petitorium, sondern nur im Verhältniß zum Possessorium ordinarium provisorisch, da derselbe die Frage, wem das Recht an der Sache zustehe, gar nicht betrifft. Vergl. v. Savigny l. l. §. 36. p. 467. Als

sitzstreit kann der Natur der Sache nach nur dann seinem Zwecke entsprechen, wenn das Verfahren in demselben ein summarisches und zwar vorzüglich beschleunigtes ist, während die definitive Regulirung des Besitzstands eine ausführlichere Erörterung nöthig macht[8]. Darnach zerfällt der zum Schutze[9] des Besitzes oder Quasibesitzes, welchen Kläger zur Zeit der Besitzstörung ausübte, anzustellende Besitzproceß in den ordentlichen Besitzproceß, Possessorium ordinarium s. plenarium[10], und den summarischen Besitzproceß, Possessorium summarium s. summariissimum[11].

§. 52.

Nähere Charakterisirung des ordentlichen Besitzprocesses nach gemeinem deutschen Rechte.

Der Antrag auf definitive Regulirung des Besitzstands kann in allen Fällen gestellt werden, in welchen die Frage, wem das jus possessionis zustehe, wer also im juristisch anerkennbaren Besitze oder Quasibesitze vom Staate geschützt werden müsse, zwi-

---

Vorbereitungen des Rechtsstreits sind in gewisser Beziehung alle Besitzrechtsmittel anzusehen. Fr. 62. Dig. de jud. V, 1. Fr. 14. §. 3. Dig. de exceptione rei judicatae XLIV, 2. Const. 3. Cod. de interd. VIII, 1. Const. 9. Cod. de sent. et interlocut. VII, 45. Cap. 5. X. de causa poss. et propr. II, 12. v. Savigny l. l. Martin Lehrbuch §. 258.

[8] Weil nach gemeinem Rechte alle Besitzrechtsmittel summarisch verhandelt werden können, wird die definitive Besitzregulirung dort wohl auch, der provisorischen im Possessorium Summariissimum gegenüber, als Possessorium Summarium bezeichnet. Mittermaier l. l. p. 320 und im Archiv für die civilist. Praxis VIII, 4. p. 136 fg. Ueber das Sächsische Recht s. Carpzov Responsa I, 9. Wernher Obs. For. P. VII. Obs. 44. P. X. Obs. 461. Pfotenhauer Besitz §. 1 u. 2. p. 4. Biener Systema §. 270. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfragen No. 317.

[9] Diesen Zweck verfolgt der Kläger auch dann, wenn die Störung den Verlust der Detention zur Folge hatte. Pfotenhauer Besitz §. 7. p. 136 fg.

[10] v. Savigny Besitz §. 37. p. 472 fg. Du Roi im Archiv f. d. civilist. Praxis VI, 14. p. 263 fg. VII. p. 142 fg. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß IV. §. IX. p. 291 fg. 299 fg.

[11] Rchs-Abschied v. 1466. §. 12. Rchs-Cammergerichts-Ordnung v. 1512. Tit. 32. Rchs-Cammergerichts-Ordnung v. 1555. II, 21. §. 3. Concept der Rchs-Cammergerichts-Ordnung v. 1613. II, 22. J. H. Boehmer Diss. de vero usu possessorii ordinarii et summarii, Halae 1702. Hommel Diss. de processu possessorio summariissimo, Lipsiae 1748. v. Grolman Theorie §. 238. v. Savigny Besitz §. 51. p. 635 fg. Martin Lehrbuch §. 259. v. Linde Lehrbuch §. 343 fg. v. Bayer Summ. Processe §. 65. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 6. §. 10. p. 166 fg. Mittermaier l. l. p. 320.

schen den Parteien streitig ist. Zu diesem Antrage ist also, eine stattgefundene Besitzstörung vorausgesetzt, ebensowohl derjenige berechtigt, welcher die körperliche Sache, um deren Besitz es sich handelt, zur Zeit der Klaganstellung wirklich inne hat, oder, der Störung des Quasibesitzes ungeachtet, noch im Quasibesitze sich befindet, als derjenige, welcher die Detention oder Quasidetention zur Zeit der Klaganstellung wirklich verloren hat[1]. Natürlich hat derjenige, welcher zur Zeit der Besitzstörung nach den obenangegebenen Grundsätzen im jüngsten Besitze sich befand, in der Regel keine Veranlassung, durch Anstellung ordentlicher Besitzklage auf definitive Regulirung des Besitzstands anzutragen, da er durch den Antrag auf provisorische Regulirung im Wege der summarischen Besitzklage leichter und schneller zum Ziele gelangt, und es füglich dem Gegner überlassen kann, auf definitive Regulirung des Besitzstands im Wege des ordentlichen Processes klagbar zu werden. Auf gleiche Weise wird die Partei, welche in Betreff des Quasibesitzes eines dinglichen Rechts die neuesten vor der Störung stattgefundenen Besitzhandlungen für sich hat, von der ordentlichen Besitzklage nicht leicht Gebrauch machen, sondern um provisorischen Schutz im ruhigen Quasibesitze bitten. Dagegen bleibt derjenigen Partei, welche in dem vorausgegangenen sum-

[1] Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Possessorium ordinarium und summarium liegt also eigentlich, und abgesehen von Sächsischen Anschauungen, nicht in der Art der Besitzverletzung und darin, ob dieselbe eine Besitzentsetzung oder nur eine Besitzbeunruhigung ist, sondern lediglich darin, daß der Kläger im summarischen Besitzprocesse auf den Grund des der Besitzstörung vorausgegangenen jüngsten Besitzes provisorischen Schutz dieses factischen Zustands verlangt, während der Kläger im ordentlichen Besitzprocesse auf definitive Regulirung des Besitzstands anträgt. Gleichgültig ist bei beiden Rechtsmitteln, ob der Kläger die Sache, um deren Besitz es sich handelt, zur Zeit der Klaganstellung noch besitzt, oder nicht. Dagegen ist es zu Begründung der summarischen Besitzklage in allen Fällen wesentlich erforderlich, daß der Kläger zur Zeit der Besitzstörung, welche er erlitten hat, und bis zu derselben, den ruhigen jüngsten Besitz ausgeübt hat, während die ordentliche Besitzklage nicht nur in diesem, sondern auch in dem Falle angestellt werden kann, wenn der Kläger den ruhigen jüngsten Besitz zur Zeit der Besitzstörung nicht für sich hatte. Dabei darf freilich nicht unberücksichtigt bleiben, daß die summarische Besitzklage ohne Erfolg bleibt, wenn der Beklagte den jüngeren ruhigen Besitz ausflüchtweise behauptet und darzuthun im Stande ist. Lediglich aus diesem Grunde wird der Kläger, sobald es sich um den Besitz körperlicher Sachen handelt, in den meisten Fällen die summarische Besitzklage als remedium recuperandae possessionis nicht anstellen können, es müßte denn der Beklagte im ruhigen jüngsten Besitze trotz der verübten Besitzentsetzung sich nicht befinden, oder der Kläger im Stande sein, die Fehlerhaftigkeit des vom Beklagten ausgeübten Besitzes sofort zu bescheinigen. S. unten §. 53 nach not. 6.

marischen Besitzprocesse, sei es als Kläger oder als Beklagter, unterlag, während der Gegner im Besitze der körperlichen Sache oder im Quasibesitze des dinglichen Rechts provisorisch geschützt wurde, nichts anders übrig, als die definitive Regulirung des Besitzstands im Wege des ordentlichen Besitzprocesses zu beantragen, sie müßte denn durch sofortige Anstellung petitorischer Klage schon jetzt eine Entscheidung über das Recht an der Sache selbst herbeiführen wollen. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn eine Partei, welche auf das jus possessionis Anspruch macht, ohne daß ein summarischer Proceß vorausgegangen war, auf Einleitung dieses summarischen Besitzstreits anzutragen, deshalb Bedenken trägt, weil sie sich im neuesten Besitze oder Quasibesitze nicht mehr befindet, oder doch diesen zu Begründung der summarischen Besitzklage erforderlichen jüngsten Besitz oder Quasibesitz zu bescheinigen nicht im Stande ist, wie denn auch bei ganz zweifelhaftem Besitzstande die Verfolgung des Besitzes oder Quasibesitzes im Wege des ordentlichen Processes der Anstellung der summarischen Besitzklage nach Befinden vorzuziehen sein wird.

Der Besitz oder Quasibesitz, dessen Schutz oder Wiedererlangung der Kläger im ordentlichen Besitzprocesse beabsichtigt, muß ein fehlerfreier, richtiger sein. Den Beweis dieser Fehlerfreiheit hat der Kläger nicht zu führen, da dafür eine Rechtsvermuthung streitet[2]. Vielmehr ist es Sache des Beklagten, das Vorhandensein eines Besitzfehlers zu behaupten und darzuthun[3]. Ebensowenig braucht der Beklagte, wenn er die Behauptung aufstellt, er selbst befinde sich im fehlerfreien, richtigen Besitze, diese Fehlerfreiheit zu beweisen, da das Nichtvorhandensein von Besitzfehlern auch bei ihm vorausgesetzt wird, und liegt es daher in dem Falle, wenn die ordentliche Besitzklage als remedium recuperandae possessionis gebraucht wird, dem Kläger ob, das Vorhandensein von Fehlern im Besitze oder Quasibesitze des Beklagten zu behaupten und zu beweisen. Vermag er dieß nicht, oder ist der Besitz oder Quasibesitz ganz zweifelhaft, so muß die Klage auf einen andern Umstand gestützt werden, aus welchem hervor-

---

[2] Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. IV. §. IX. p. 324.
[3] Claproth Summ. Processe §. 237. v. Linde Lehrbuch §. 343. Mittermaier l. l. p. 328 sub 6. Darauf, ob der Besitz einem Dritten gegenüber fehlerhaft sei, kommt auch im ordentlichen Besitzprocesse nichts an. S. unten §. 53. not. 3.

geht, daß der vom Kläger geltend gemachte Besitz oder Quasibesitz bei definitiver Regulirung des Besitzstands vor dem des Beklagten den Vorzug verdiene[4]. Dieser Vorzug gebührt nach altgermanischem Herkommen[5], welchem das canonische Recht sich anschloß[6], derjenigen Partei, deren Besitz oder Quasibesitz älter[7] ist, indem im Zweifel und falls nicht andere Momente für das jus possessionis beigebracht sind, bei der definitiven Regulirung des Besitzstands der ältere Besitz für den fehlerfreien gehalten und als solcher dem jüngeren gegenüber geschützt werden soll[8]. Läßt sich auch daraus keine Entscheidungsnorm entnehmen, so erhält nach allgemeinen Grundsätzen der Beklagte den Vorzug[9]. Die ordentliche Besitzklage erlischt übrigens nach gemeinem Rechte in 30 Jahren durch Verjährung[10].

§. 53.

Nähere Charakterisirung des summarischen Besitzprocesses nach gemeinem deutschen Rechte.

Im summarischen Besitzprocesse wird ausschließlich darüber gestritten, wer zur Zeit der Besitzstörung und unmittelbar vor derselben die ruhige factische Detention der körperlichen Sache wirklich ausübte oder im ruhigen Quasibesitze des dinglichen Rechts sich befand, und wer daher in diesem ruhigen jüngsten Besitze oder Quasibesitze bis zur definitiven Regulirung des Besitzstands oder bis zur Entscheidung über das Recht selbst vom

---

4 v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 14.

5 Mittermaier l. l. p. 325 u. 289 fg. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII. p. 354 fg. A. M. ist Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 6. §. 11. p. 169 fg.

6 Cap. 9. X. de probat. II, 19. Mittermaier l. l. p. 291 fg. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung l. l.

7 Dieß ist ein relativer Begriff und gilt blos in Bezug auf den Beklagten, welcher neuere Besitzhandlungen oder Detention für sich hat. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 14. Kori Summ. Processe §. 133. Vergl. Heerwart l. l.

8 Die Vermuthung der Fehlerfreiheit beim älteren Besitze ist keine gemeine, sondern eine Rechtsvermuthung. v. Bayer Summ. Processe §. 68. Mittermaier l. l. p. 326. Der ausdrücklichen Bezugnahme auf Fehlerfreiheit des älteren Besitzes, auf welchen Kläger sich stützt, bedarf es nicht. Indeß ist dieselbe zweckmäßig, um dem Vorwurfe der Unvollständigkeit im Voraus zu begegnen. Vergl. hierzu die abweichende Ansicht von Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. IV. §. IX. p. 326 fg.

9 Vergl. mein Lehrbuch §. 121 bei not. 4. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 168. not. 20.

10 Dieß ist die gewöhnliche Verjährungszeit.

Staate provisorisch geschützt werden müsse[1]. Dieser provisorische Schutz beruht auf der Rechtsvermuthung, daß der Detentor im Verhältniß zu dem Beklagten im fehlerfreien Besitze oder Quasibesitze sich befunden habe[2]. Diese Rechtsvermuthung schließt den Beweis des Gegentheils nicht aus. Kann daher der Beklagte im provisorischen Besitzstreite über den jüngsten Besitz nachweisen, daß der Besitz oder Quasibesitz des Klägers dem Beklagten gegenüber[3] fehlerhaft sei, so wird der Kläger darin nicht geschützt[4]. Gleichgültig ist, ob die Besitzstörung den Verlust der Detention oder Quasidetention zur Folge hatte, oder nicht. Die summarische Besitzklage geht also ihrem Wesen nach ebensowohl auf Wiedereinräumung der durch die Besitzstörung verloren gegangenen, als auf Schutz der dadurch nur beunruhigten Detention oder Quasidetention und kann daher mit gleichem Rechte von demjenigen angestellt werden, welcher zur Zeit der Klaganstellung die Detention oder Quasidetention verloren hat, wie von demjenigen, welcher zu dieser Zeit den Gegenstand des Besitzstreits noch detinirt. Namentlich kann die summarische Besitzklage in Betreff des Quasibesitzes dinglicher Rechte nicht blos zum Schutze des zur Zeit der Klaganstellung noch ausgeübten Quasibesitzes, sondern auch von demjenigen angestellt werden, welcher aus diesem Quasibesitze durch die Besitzstörung wirklich entsetzt ist[5]. Indeß geht die summarische Besitzklage durch Extinctivverjährung

---

[1] Vergl. Claproth Summ. Pr. §. 37. not. a. Struben rechtl. Bedenken I, 756. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 8. Ruhig nennt man den vom Gegner nicht unterbrochenen oder gestörten Besitz. Auf die Besitzhandlung, bei welcher der Kläger vom Gegner gestört worden ist, kann sich der Erstere zu Begründung seiner Klage deßhalb nicht beziehen, weil der Beklagte diese Besitzhandlung, bei welcher beide zusammentrafen, mit gleichem Rechte für sich anführen könnte und der Richter also daraus einen Maßstab für die Entscheidung nicht entnehmen kann. J. H. Boehmer Exercit. ad Pand. V, 90. §. 8. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 87 et 114. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 10. v. Bayer Summ. Pr. §. 66. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß IV. §. IX. p. 333. Süptitz Summ. Processe §. 84. p. 140.

[2] Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. IV. §. IX. p. 332 fg. Pfotenhauer Besitz §. 2. Kind Quaest. For. III, 16. p. 72 fg.

[3] Darauf, ob der Besitz einem Dritten gegenüber fehlerhaft ist, kommt nichts an. §. 4 in fine J. de interdictis IV, 15. Fr. 1. §. 5 et 9. Dig. Uti possidetis XLIII, 17. Fr. un. §. 1. Dig. Utrubi XLIII, 31. Fr. 1. pr. Dig. de itinere actuque privato XLIII, 19. Fr. 53. Dig. de adquir. vel amitt. possess. XLI, 2. Const. un. Cod. Uti possidetis VIII, 6. Dieß gilt auch im ordentlichen Processe. S. oben §. 52. not. 3.

[4] v. Savigny Besitz §. 38. p. 377 fg. Mittermaier l. l. p. 332 fg.

[5] Vergl. oben §. 47 nach not. 6.

verloren, wenn dieselbe nicht innerhalb eines Kalenderjahrs, von der Besitzstörung angerechnet, angestellt worden ist[6]. Dagegen kann die summarische Besitzklage auf Wiedereinräumung des Besitzes körperlicher Sachen in den meisten Fällen deßhalb nicht angestellt werden, weil der Beklagte, welcher den Kläger aus dem Besitze entsetzt hat, gewöhnlich den jüngeren ruhigen Besitz für sich anführen kann. Daher ist die summarische Besitzklage, wenn es sich um den Besitz körperlicher Sachen handelt, in den meisten Fällen nur als remedium retinendae possessionis brauchbar, während sie in Fällen, wo der Quasibesitz dinglicher Rechte gestört worden ist, ebensowohl auf Schutz im Quasibesitze, als auf Wiedererlangung desselben gerichtet sein kann. Vorzüglich häufig ist die summarische Besitzklage in dem Falle, wenn der Quasibesitz zwischen beiden Parteien dergestalt streitig ist, daß jede von ihnen im jüngsten Quasibesitze sich zu befinden behauptet[7]. Jedoch ist dieß nach der richtigeren Meinung keineswegs wesentlich erforderlich[8].

§. 54.

Vom Possessorium ordinarium nach Sächsischem Rechte.

Nach Sächsischem Rechte kommt es bei der Unterscheidung zwischen dem Possessorium ordinarium und summarium nicht auf die Zeit der Besitzstörung, sondern auf die Zeit der Klaganstellung an und kann daher das Letztere als remedium retinendae possessionis nur von demjenigen angestellt werden, welcher des körperlichen Innehabens nicht entsetzt worden ist und daher darauf Bezug nehmen kann, daß er noch gegenwärtig Besitzer sei, während dem aus dem Besitze Entsetzten außer dem nur unter besonderen Voraussetzungen zustehenden Remedium spolii[1] lediglich das Possessorium ordinarium gestattet ist, dieses Letztere also als Remedium recuperandae possessionis eine völlig veränderte Stellung und Bedeutung erhalten hat[2]. Wer in Sachsen

---

[6] Fr. 1. pr. Dig. Uti possidetis XLIII, 17.

[7] S. oben §. 51 bei not. 5.

[8] v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 10. Mittermaier l. l. p. 332.

[1] Siehe unten §. 56.

[2] Berger Electa Processus Possessorii §. 4. 33 et 38. Ejusdem Oeconomia Juris IV, 30. Th. 5. not. 2 et 4. Leyser Med. ad Pand. Sp. 37. med. 5 et 6. Sp. 565. med. 4. Hommel Rhaps. Obs. 178. Kind

ordentliche Besitzklage erheben will, muß sich in allen Fällen auf älteren oder doch besseren Besitz beziehen, also seinen Anspruch auf Wiedereinräumung des verloren gegangenen Besitzes oder Quasibesitzes regelmäßig darauf stützen, daß sein Besitz älter, der des Beklagten aber jünger sei, auch das höhere Alter seines Besitzes oder Quasibesitzes nachweisen, ohne daß der Beweis von ihm gefordert würde, daß der Besitz des Beklagten fehlerhaft sei[3]. Weil man es aber für unbillig hält, dem älteren Besitzer vor dem

---

Quaest. For. III, 16. p. 72 fg. Pfotenhauer Besitz §. 7. p. 24. §. 8. p. 26 fg. Gottschalk in Martins Jahrbüchern II. p. 122. Biener Systema §. 265. Curtius Handbuch §. 486. Volkmann System III. §. 201 u. 202. u. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 83. p. 244. u. in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII. p. 354 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Die Sächsischen Gesetze besagen dieß nicht deutlich. Denn der im Anhange der Erl. Pr.-O. §. 20 gebrauchte Ausdruck „richtiger Besitz" bildet den Gegensatz zum fehlerhaften Besitze, vitiosa possessio, und ist völlig gleichbedeutend mit „fehlerfreiem Besitze, justa possessio". Siehe noch v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfragen II, 21. p. 228 fg. wo dem Ausdrucke „richtiger Besitz" mit Rücksicht auf die Bestimmung des Mandats v. 30. März 1822. §. 2. eine ausgedehntere Bedeutung gegeben wird. Ebensowenig läßt sich aus der Bestimmung im Anhange der Erl. Pr.-O. §. 20. „es solle im Possessorium summarium allein auf das factum possessionis gesehen werden" oder aus Decisio 13. v. 22. Juni 1661 C. A. I. p. 293 fg. für die herrschende Ansicht hinreichender Grund entnehmen. Vergl. Carpzov Responsa I, 9. Küstner zu Griebners Discurs zur Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. not. 37. Hommel Diss. laud. §. 2. Kori Summ. Processe §. 117. v. Langenn u. Kori Erörterungen pract. Rechtsfragen II, 21. p. 220 fg., wo darauf aufmerksam gemacht wird, daß die Gesetze das Possessorium summarium als remedium recuperandae possessionis nirgends ausschließen und daß dieses Rechtsmittel durch das an die Formen des ordentlichen Processes gebundene Remedium spolii nicht ersetzt werde. Demnach steht das Ordinarium zum Summarium in Sachsen in gleichem Verhältnisse, wie die Widerklage zur Vorklage, und deßhalb hat der Sieger im Ordinarium das Recht, die Erstattung der Kosten des Summarium zu verlangen. Pfotenhauer Besitz §. 27. p. 90. Curtius Handbuch §. 487. not. a.

[3] Wernher Obs. For. P. X. Obs. 461. Berger El. Proc. Poss. §. 32. Hommel Diss. laud. §. 1. Kees Diss. laud. Lips. 1805. Pfotenhauer l. l. §. 3. p. 7. Kind Quaest. For. III, 14. p. 65. III, 16. p. 72 fg. Biener Syst. §. 270. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfragen No. 317. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII. p. 354 fg. S. oben §. 52 bei not. 5 fg. Handelt es sich um den Quasibesitz eines jus discontinuum, so muß der Kläger wie in der summarischen Besitzklage auf 3 Besitzhandlungen Bezug nehmen. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1850. X, 48. p. 211. Vergl. unten §. 55 bei not. 7. Ueber die Vermuthung der Fehlerfreiheit des Besitzes s. oben §. 53 bei not. 2. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle IV, 65. p. 198 fg. War der Besitz des Klägers Verjährungsbesitz und die Verjährungszeit hindurch ausgeübt, so steht dem Kläger sogar das Petitorium zu. Indeß wird über das Recht nicht erkannt, sobald der Kläger nur den Besitz in Anspruch nahm, oder zwar auch seine jura in petitorio in der Klage aufnahm, dabei aber ausdrücklich erklärte, daß er dieß nur zu Colorirung des Besitzes gethan habe. Vergl. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 16.

neueren den Vorzug zu gewähren, wenn der ältere Besitz des Klägers nur um Weniges länger dauerte, als der des Beklagten, so fordert man nach der neueren Sächsischen Praxis, welche sich auf eine ziemlich gewaltsame Auslegung einer canonischen Gesetzstelle[4] stützt, einen mindestens 10 Jahre fortgesetzten älteren Besitz oder Quasibesitz[5]. Ist mittelst der Rechtsvermuthung, welche für die Fehlerfreiheit des älteren Besitzes streitet, zu keinem Resultate zu gelangen, so wird subsidiarisch zu Gunsten derjenigen Partei entschieden, deren Besitz besser ist[6]. Mithin erhält im ordentlichen Besitzprocesse bei gleichem oder zweifelhaftem Alter diejenige Partei den Vorzug, welche die mala fides des Gegners zu behaupten und zu beweisen vermag, während der Gegner die mala fides gar nicht behauptet, oder doch nicht bewiesen hat. Stehen sich auch hierin die Parteien gleich, so wird zu Gunsten derjenigen Partei entschieden, welche einen gültigen Rechtstitel, also das

---

[4] Cap. 9. X. de probat. II, 19.

[5] Siehe das in den Mittheilungen des voigtl. jurist. Vereins IV, 1. p. 1 fg. mitgetheilte Erkenntniß des Ober-App.-Gerichts und das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IV. p. 542 fg. mitgetheilte Präjudiz desselben Obergerichts. Dieser Gerichtsbrauch läßt sich in keiner Weise rechtfertigen und steht mit den allgemeinen vom Besitze geltenden Grundsätzen namentlich dann im Widerspruche, wenn beide Theile Besitzhandlungen für sich haben, der eine aber solche auf längere Zeit zurück für sich anzuführen und nachzuweisen im Stande ist, als der andere. In solchem Falle erscheint die Annahme, daß der Besitz des Klägers um 10 Jahr älter sein müsse, als der des Beklagten, als rein willkührlich und am allerwenigsten durch cap. 9. X. de probat. II, 19 gerechtfertigt, wo der Besitz der einen Partei lediglich aus dem Grunde zugesprochen wird, weil dieselbe längere Zeit hindurch — in dem dort entschiedenen Falle zufällig um 10 Jahr länger — ausgeübte Besitzhandlungen nachgewiesen hatte. Vergl. Biener Syst. §. 270. Kori Summ. Processe §. 133. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 24. p. 120, welche sämmtlich der Ansicht sind, daß ein bestimmter Zeitraum, um welchen der Besitz des Klägers älter sein müsse, nicht erfordert werde.

[6] Wernher Obs. For. P. X. Obs. 461. Berger Oec. Jur. II, 6. Th. 3. not. 5. Th. 5. not. 2. Kind Quaest. For. III, 14. p. 65. III, 16. p. 72 fg. Biener Syst. §. 270. Kori l. l. §. 133. v. Langenn u. Kori Erörter. pract. Rechtsfragen II, 21. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 317. Hier wird nicht über das Recht gestritten, sondern nur der Besitz durch Berufung auf einen Rechtstitel zum bezweckten Vorzug erhoben, da der Rechtstitel lediglich zu dem Zwecke angezogen wird, um den Besitz darzulegen. S. schon v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 15. Dagegen fordern fälschlich den Rechtstitel in allen Fällen Mevius Decis. V, 178. Leyser Med. ad Pandectas Sp. 499. med. 5. Pfotenhauer Besitz §. 2, welcher Letztere dadurch natürlich zu der Annahme gelangt, daß kaum der Fall eintreten könne, wo nach Beendigung des ordentlichen Besitzprocesses noch das Petitorium angestellt wird. Vergl. noch die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IV. p. 543. VIII. p. 354 fg. mitgetheilten Entscheidungen des Ober-Appell.-Gerichts u. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß XII, 6. §. 11. p. 169 fg.

bessere Recht für sich anzuführen und zu beweisen im Stande gewesen ist[7]. Läßt sich auch daraus keine Entscheidungsnorm entnehmen, so erhält nach allgemeinen Proceßvorschriften der Beklagte den Vorzug[8]. Von der Publicianischen Klage, mit welcher der Civilbesitzer aus der titulirten possessio bonae fidei als fingirter Eigenthümer gegen den mit schlechterem Rechte Besitzenden klagend auftritt[9], unterscheidet sich sonach die Sächsische ordentliche Besitzklage nur dadurch, daß es der Aufnahme dieser Behauptungen in der Klage nicht regelmäßig und nothwendig bedarf, sondern daß dieselben nur nach Befinden subsidiarisch dann den Ausschlag geben, wenn es an anderen Entscheidungsmomenten gebricht[10]. Die ordentliche Besitzklage erlischt auch in Sachsen erst in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen durch Verjährung[11].

§. 55.

Vom Possessorium summarium nach Sächsischem Rechte.

Der Sächsische Gerichtsbrauch behandelt die summarische Besitzklage lediglich als Remedium retinendae possessionis[1]. Zu Begründung derselben genügt, wenn es sich um den jüngsten Besitz körperlicher beweglicher oder unbeweglicher Sachen handelt, ein, wenn auch noch so kurzes[2], aber bis zur Beunruhigung des

---

[7] Man bezeichnet diese Anführung des Rechtstitels als Colorirung des Besitzes. Vergl. Decis. Elect. 13. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Erl. Pr.-O. Anhang §. 20.

[8] S. oben §. 52. not. 9.

[9] v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 15. Süptitz Summ. Processe §. 82. not. 5. v. Savigny Besitz §. 51. p. 645 fg. v. Linde Lehrbuch §. 343. Kind Quaest. For. III, 14. p. 65. III, 16. p. 72 fg.

[10] Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. VIII. p. 354 fg.

[11] Höpfner Besitzrechtsmittel §. 21. p. 109 fg. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IV. p. 544. Daher darf sich auch der Beklagte nicht auf einen älteren Besitzstand beziehen, welcher über die Zeit von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen zurückliegt. Ueber die Frage, ob der ordentliche Besitzproceß auch dann zulässig sei, wenn der Kläger den Besitz einer Servitut gegen den Eigenthümer des angeblich belasteten Grundstücks in Anspruch nimmt und der Letztere die Freiheit seines Eigenthums behauptet, s. das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IV. p. 542 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts, wo diese Frage bejaht wird.

[1] Siehe oben §. 54 bei not. 1.

[2] Carpzov Jur. For. II, 7. def. 14. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 114. P. VI. Obs. 327. Berger El. Proc. Poss. §. 22. Griebners Discurs zur Erl. Pr.-O. p. 574. Pfotenhauer l. l. §. 9. p. 32.

Besitzes, welche zur Klaganstellung Veranlassung gab, ruhiges Innehaben[3]. Bei dinglichen Rechten dagegen wird zu Anstellung der summarischen Besitzklage ein mindestens einjähriger[4] ruhiger, also ungestörter Quasibesitz erfordert[5]. Ist das Recht, um dessen Quasibesitz es sich handelt, ein jus discontinuum an einer fremden Sache[6], so bedarf es noch außerdem dreier ruhiger Besitzhandlungen[7], von denen die erste, von welcher das Jahr zu lau-

---

[3] Berger l. l. §. 24. Hommel Diss. laud. §. 7. Pfotenhauer l. l. §. 9. p. 31. Gottschalk Disc. For. I, 23. p. 231 fg. Kind Quaest. For. III, 14 u. 15. Biener Syst. §. 265. Kori Summ. Pr. §. 117 u. 118. vergl. mit Cap. 3. X. de causa poss. et propr. II, 12. Cap. 5. X. de restit. spoliat. II, 13. Cap. 19. X. de jure patron. III. 38. Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. Ueber das römische Recht s. fr. 1. §. 4. fr. 4. Dig. de interd. XLIII, 1. Fr. 1. §. 9 u. 23. Dig. de vi et vi armata XLIII, 16. Fr. 1. pr. u. §. 2. Dig. de itinere actuque priv. XLIII, 19. Fr. 1. §. 4 u. 22. Dig. de aqua quot. et aestiva XLIII, 20. Der ruhige Besitz des Grundstücks begründet zugleich die Vermuthung des Besitzes der natürlichen Freiheit. Hommel Rhaps. Obs. 484. Biener l. l. §. 268. v. Hartitzsch Entscheid. pract. Rechtsfr. No. 318. A. M. ist Wernher l. l. P. I. Obs. 274. Die erfolgte Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche wird natürlich bei Grundstücken nicht erfordert. Diese ist nicht einmal bei der publiciana in rem actio nöthig. Decis. Elect. 1. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg. Auch Civilbesitz wird nicht erfordert. Berger l. l. §. 22. Hommel l. l. Obs. 275. Curtius Handbuch §. 486. Gegen den Verpachter kann der Abpachter das Summarium nicht anstellen, wohl aber Spolienklage. Wernher l. l. Obs. 87. P. VII. Obs. 3. Curtius l. l. not. b.

[4] Dieses Jahr ist kein Sächsisches, sondern ein gewöhnliches Kalenderjahr. Hommel Diss. laud. §. 6. Ejusdem Rhaps. Obs. 178. Pfotenhauer l. l. §. 9. p. 33. Gottschalk l. l. I. 37. Biener l. l. §. 265. Curtius Handbuch §. 483. not. c. Volkmann System §. 204.

[5] Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. Rivinus Enunc. XX, 119. Kind l. l. III, 15. p. 69. Biener l. l. §. 265. Kori l. l. §. 118. Volkmann l. l. Nach gemeinem Rechte genügt eine Besitzhandlung, ohne daß es eines bestimmten Zeitraums bedarf. Cap. 3. X. de causa poss. et propr. II, 12. Cap. 19. X. de jure patr. III, 38. Ueber das römische Recht s. die oben not. 3 angez. Gesetzstellen.

[6] Von Rechten an eigenen Sachen gilt dieß nicht, indem bei diesen eine Besitzhandlung genügt. Pfotenhauer l. l. §. 9. p. 35.

[7] Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. Kind l. l. III, 14. Kori l. l. §. 118. Die Handlung, welche den Gegenstand des Besitzes ausmacht, muß als Recht ausgeübt worden sein. Denn wer über ein Grundstück geht oder fährt, um mit Jemand zu sprechen, oder weil der Weg ungangbar ist, erwirbt keinen Besitz. Fr. 25. Dig. quemadmod. serv. amitt. VIII, 6. Fr. 1. §. 6. fr. 7. Dig. de itin. actuque priv. XLIII, 19. v. Savigny l. l. §. 46. p. 585. Ueber die Besitzhandlungen der Gemeindeglieder in Gemeindesachen s. fr. 1. §. 2. Dig. de adquir. vel amitt. poss. XLI, 2. Leyser Med. ad Pand. Sp. 453. med. 7 u. 8. und das in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. III. p. 468 mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts. Ueber die Erwerbung des Besitzes durch Stellvertreter s. oben §. 46. not. 11. Ueber die Frage, ob alte Besitzhandlungen zu Anstellung des summarischen Besitzprocesses genügen, wenn der Gegner keine neuen Besitzhandlungen für sich anführen kann, s. Wernher l. l. P. II. Obs. 433. Berger El. Proc. Poss. §. 32. Pfotenhauer l. l. §. 7. p. 19. Kind l. l. III, 14. Biener l. l. §. 265. not. 4.

fen beginnt, vor Beginn des von der erfolgten Besitzstörung rückwärts zu rechnenden Jahrs vorgenommen worden sein muß. Darauf, ob zwischen einer dieser drei Besitzhandlungen und der nächst darauf folgenden ein volles Jahr mitten inne liegt, kommt nach der richtigeren Ansicht ebensowenig etwas an, als darauf, ob die letzte Besitzhandlung innerhalb des letzten Jahrs von der erfolgten Besitzstörung zurückgerechnet vorgenommen worden ist[8]. Auch ist es keineswegs nöthig, daß zwischen der ersten und letzten Besitzhandlung ein mindestens einjähriger Zeitraum mitten inne liege. Vielmehr können alle drei Besitzhandlungen in kurzen Zwischenräumen auf einander gefolgt sein[9]. Bei dinglichen Rechten, deren Ausübung nicht alle Jahre, sondern zu anderen bestimmten oder unbestimmten Zeiten eintritt, wird die dreimalige Ausübung ebenfalls erfordert und macht es dabei keinen Unter-

---

Curtius Handbuch §. 483. not. d. vergl. mit cap. 2. X. de restit. spol. II, 13. Cap. 9. X. de probat. II, 19. und die abweichenden Ansichten von Hommel Diss. laud. §. 11. Pfotenhauer Diss. Utrum et quatenus in judicio possessorio summario solius antiquae possessionis ratio habenda sit, Viteb. 1803. Ueber die Frage, ob bei Befugnissen auf Leistung von Quantitäten, wenn bald mehr bald weniger gefordert worden ist, rücksichtlich des minus der Einwand statthaft sei, daß es an Gleichförmigkeit der Besitzhandlungen fehle, s. die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XI. p. 385 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts.

[8] A. M. sind zwar Hommel Diss. laud. §. 11. Pfotenhauer Diss. laud., indem sie behaupten, daß von den drei Besitzhandlungen, auf welche die summarische Besitzklage bei juribus discontinuis gestützt werden muß, wenigstens eine in das letzte Jahr vor der Besitzstörung fallen müsse. Vergl. auch Biener l. l. §. 265. not. 4. und das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 320. mitgetheilte Erkenntniß des Leipziger Appell.-Gerichts. S. aber Wernher l. l. P. II. Obs. 433. Berger El. Proc. Poss. §. 32. Kind l. l. III, 14. Pfotenhauer Besitz §. 9. p. 34. Volkmann System §. 204 bei not. o. und die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1841. I, 20. p. 84 fg. u. 1845. V, 31. p. 87 fg. mitgetheilten Entscheidungen des Leipziger und Dresdner Appell.-Gerichts. Die Analogie des Mandats vom 21. Februar 1827 läßt sich für die entgegengesetzte Meinung nicht anführen. A. M. ist Curtius l. l. §. 483. not. d. Vergl. übrigens oben not. 7. Auch das Ober-Appell.-Gericht hält die Ansicht fest, daß mindestens eine der nachgewiesenen Besitzhandlungen in das letzte bürgerliche Jahr von der Störung an zurückgerechnet fallen müsse, und hat sich unter Anderen 1845 in Sachen Procurator fisci c. Fichtner in dieser Maße ausgesprochen. Natürlich hängt aber die Zulässigkeit der summarischen Besitzklage, wenn sie auf ältere Besitzhandlungen gestützt ist, davon ab, daß der Beklagte nicht neuere Besitzhandlungen nachzuweisen im Stande ist. Kind l. l. Sagen die Zeugen aus, daß der Kläger den Besitz des Rechts seit ein, zwei, drei und mehr Jahren alljährlich ausgeübt habe, so bedarf es nach der Praxis der Angabe einzelner Besitzhandlungen nicht. Wernher l. l. P. I. Obs. 114. P. VI. Obs. 327. Hommel Rhaps. Obs. 18. Pfotenhauer l. l. §. 9. p. 34. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle N. F. XII, 79. p. 361 fg.

[9] Biener l. l. §. 265. not. 4.

schied, ob die Ausübung von der Willkühr dessen abhängt, welcher Schutz im Quasibesitze verlangt, oder nicht[10]. In Ansehung der Huthungsbefugnisse[11] in und außerhalb der Waldungen und Gehölze, sowie anderer in den Waldungen und Gehölzen auszuübender Gerechtsame ist zu Anstellung der summarischen Besitzklage dem Fiscus dessen Officianten und Pächtern gegenüber zehnjähriger[12] Quasibesitz und bei juribus discontinuis noch außerdem der Nachweis dreier Besitzhandlungen nöthig[13]. Privaten gegenüber gilt dasselbe nur von den in den Waldungen und Gehölzen auszuübenden Huthungsbefugnissen und anderen Waldnebennutzungen[14], sowie von der Jagd[15]. Wegen ganzer Fiscalgüter und zufälliger Hoheitsrechte kann dem Fiscus gegenüber zwar die ordentliche, nicht aber die summarische Besitzklage angestellt werden[16]. Zwischen Privaten selbst kann darüber gestritten werden[17]. Die Bestimmungen des früheren Sächsischen

---

[10] Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts vom 22. Juli 1843. Ueber das ältere Recht s. Bauer Resp. 120. Pfotenhauer l. l. §. 9. p. 34 fg. Curtius l. l. §. 483. Biener l. l. §. 265. not. 4.

[11] S. über diese überhaupt Mandat vom 4. October 1828. §. 23 u. 55, wo das Possessorium nicht ausgeschlossen ist. Biener l. l. §. 265. Obs.

[12] Dieser Zeitraum ist keineswegs von Publication des Mandats vom 30. Juli 1813. C. III. C. A. II. p. 161 fg. zurückzurechnen. S. darüber die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 148. p. 404 mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts.

[13] Generale v. 2. Januar 1813. C. III. C. A. I. p. 268. vergl. mit Mandat vom 7. August 1770. C. C. A. I. p. 1341. Vor Erlassung des angez. Generale war der summarische Besitzproceß dem Fiscus gegenüber ganz unzulässig. Wernher l. l. P. II. Obs. 366. vergl. mit P. VIII. Obs. 439. P. V. Obs. 230. Berger El. Proc. Poss. §. 26. Ejusdem Oec. Jur. II, 6. Th. 2. not. 5. u. IV, 30. Th. 5. not. 10. vergl. mit Hommel Rhaps. Obs. 146. Daß zwischen der ersten und letzten dieser drei Besitzhandlungen ein mindestens zehnjähriger Zeitraum verflossen sei, und daß die letzte Besitzhandlung in die letzten 10 Jahre vor der Besitzstörung falle, wird nicht erfordert. Auch dürfen die einzelnen Besitzhandlungen weiter als 10 Jahre aus einander liegen. Vergl. oben bei not. 8 fg. u. not. 8 selbst.

[14] Mandat v. 30. Juli 1813. §. 6. C. III. C. A. II. p. 161 fg.

[15] Decis. Elect. 4. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg. Bauer dazu §. 12. weist nach, daß hier nur vom Possessorium summarium die Rede ist.

[16] Mandat vom 7. August 1770. C. C. A. I. p. 1341. Generale vom 2. Januar 1813. C. III. C. A. I. p. 268. Pfotenhauer l. l. §. 14. p. 54. Ueber das gemeine Recht vergl. besonders Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 9. §. 37. p. 294 fg.

[17] Angez. Generale v. 2. Januar 1813. §. 1. Vergl. Pfotenhauer l. l. §. 14. p. 53 u. 61. Chatullengüter des Regenten können auch diesem letzteren selbst gegenüber Gegenstand des summarischen Besitzprocesses sein, da der Regent dieselben nur als Privatperson besitzt. Pfotenhauer l. l. §. 14. p. 53. Curtius l. l. §. 486. Kori l. l. §. 116. not. 6.

Rechts[18] über den Besitz des Rechts, Bier zu brauen, zu verzapfen und auszuschroten, haben in neuerer Zeit ihre Anwendbarkeit größtentheils verloren[19]. Zwischen den zu Begründung des Quasibesitzes bei juribus discontinuis erforderlichen drei Besitzhandlungen und überhaupt innerhalb des dazu erforderlichen ein- oder zehnjährigen Zeitraums darf keine Störung des Quasibesitzes stattgefunden haben[20]. Auf die Besitzhandlung, bei welcher der Kläger vom Beklagten gestört worden ist, kann sich der Erstere zu Begründung seiner Besitzklage deßhalb nicht berufen, weil der Beklagte diese Besitzhandlung, bei welcher beide Parteien zusammentrafen, mit gleichem Rechte für sich anführen könnte und der Richter also daraus einen Maßstab für die Entscheidung nicht entnehmen kann[21]. Behauptet der Kläger den jüngsten Quasibesitz eines Verbietungsrechts, so muß er anführen, daß er den Beklagten, als dieser die Handlung habe vornehmen wollen, daran verhindert und dieser sich dabei beruhigt habe, daß auch seitdem ein Jahr verflossen sei[22]. Drei solche Verhinderungen werden auch bei juribus discontinuis nicht erfordert[23]. Klagt der Kläger auf Schutz im Besitze der natürlichen Freiheit,

---

[18] Landesordnung vom 1. October 1555. „Brauen und Schänken" C. A. I. p. 43 fg. Mandat v. 21. Febr. 1827. §. 5 u. 6, wornach ein Besitz von mindestens 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen und drei ruhige Besitzhandlungen erfordert werden, zwischen deren ältester und jüngster ein Zeitraum von mindestens 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen abgelaufen ist und eine vom Gegner erwiesene Unterbrechung nicht stattgefunden hat. Auch darf weder zwischen zwei auf einander folgenden Besitzhandlungen, noch zwischen der jüngsten Besitzhandlung und der gerichtlichen Berufung auf den Besitzstand ein Zeitraum von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen abgelaufen sein. Weist der Gegner eine zwischen der jüngsten Besitzhandlung und der gerichtlichen Berufung auf den Besitzstand stattgefundene Unterbrechung nach, so ist dieß nicht nachtheilig. Angez. Mandat von 1827. §. 6. Uebrigens soll in Streitigkeiten über den Besitzstand des Bierbrauens, Verzapfens oder Ausschrotens nach Vorschrift des Mandats v. 10. Mai 1824, also nicht nach den Grundsätzen des Besitzprocesses verfahren werden. Angez. Mandat von 1827. §. 8. sub b. vergl. mit A. Gesetz vom 28. Januar 1835. §. 26. Biener l. l. § 264. not. 4. Haubold geringfügige Rechtssachen §. 35. not. a.

[19] Gesetz u. Verordnung v. 27. März 1838.

[20] Vergl. das angez. Mandat v. 21. Februar 1827.

[21] Siehe oben §. 53. not. 1. Pfotenhauer Besitz §. 7. p. 24 fg. §. 19. p. 168. Curtius Handbuch §. 483. not. d.

[22] Wernher l. l. P. I. Obs. 87 et 119. P. IX. Obs. 41. Suppl. ad P. I. Obs. 87. Vol. III. p. 652 sq. Vol. VII. p. 107. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 11. Hommel Rhaps. Obs. 33. Pfotenhauer Besitz §. 9. p. 35. Curtius Handbuch §. 484.

[23] Sind nach allgemeinen Grundsätzen drei Besitzhandlungen nöthig, so braucht die zweite und dritte keine Verhinderung zu sein. Hommel l. l. Obs. 33. Pfotenhauer l. l. §. 9. p. 36.

so braucht er nur den Besitz des Grundstücks selbst zu behaupten und nachzuweisen, wo dann der Quasibesitz der natürlichen Freiheit vermuthet wird [24]. Da übrigens der provisorische Schutz, welchen der Staat dem ruhigen jüngsten Besitze angedeihen läßt, auf der Rechtsvermuthung beruht, daß der Detentor im Verhältnisse zu dem Beklagten im fehlerfreien Besitze sich befinde, diese Rechtsvermuthung aber den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt, so wird der Kläger auch im jüngsten Besitze nicht geschützt, sobald der Beklagte nachgewiesen hat, daß der Besitz oder Quasibesitz des Klägers dem Beklagten gegenüber fehlerhaft sei [25]. Die summarische Besitzklage erlischt auch in Sachsen mit Ablauf eines Kalenderjahrs von der erfolgten Besitzstörung angerechnet durch Verjährung [26].

§. 56.

Vom Spolienprocesse im Allgemeinen.

Neben den bisher beschriebenen zum Schutze und zur Wiedererlangung des Besitzes oder Quasibesitzes brauchbaren beiden Rechtsmitteln gestattet das gemeine Deutsche und Sächsische Recht auch noch ein Drittes, das remedium spolii [1], welches eben-

---

24 Hommel l. l. Obs. 484. Pfotenhauer l. l. §. 11. p. 41. Curtius l. l. §. 484. A. M. sind Berger Electa Proc. Possess. §. 10. Wernher l. l. P. IV. Obs. 184. vergl. mit P. I. Obs. 274.

25 Mandat v. 30. März 1822. §. 2. Vergl. Leyser Med. ad Pandectas Sp. 508. med. 4 et 5. Pfotenhauer Besitz §. 2 u. 8. Kind Quaest. For. III, 15. p. 74. Ackermann Rechtssätze N. F. I, 62. p. 113 fg. Durch dieses Gesetz wurde also die Natur des summarischen Besitzprocesses nicht geändert. Doch war früher die Frage streitig. Vergl. Wernher l. l. P. II. Obs. 434. Suppl. Vol. III. p. 753 fg. Vol. VII. p. 348. Berger Oec. Juris IV, 30. Th. 5. not. 2. Ejusdem El. Proc. Poss. §. 22. Hommel Rhaps. Obs. 178. Siehe noch Generale v. 19. Februar 1789. C. II. C. A. I. p. 499, wornach derjenige, welcher durch gewaltsame, eigenmächtige und friedbrüchige Handlungen zum Besitz gelangt ist, sich mit dem Summarium nicht schützen kann. Kori Summ. Pr. §. 118 am Ende. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 26. p. 139. Darauf, ob der Besitz oder Quasibesitz einem Dritten gegenüber fehlerhaft sei, kommt nichts an. Angez. Mandat v. 30. März 1822. §. 2. Pfotenhauer l. l. §. 9. p. 32. Kind Quaest. For. III, 15. p. 69 fg. Curtius Handbuch §. 485. not. b. u. oben §. 52. not. 3.

26 Vergl. oben §. 53. not. 6. u. unten §. 62 am Ende. Hommel Rhaps. Obs. 178. Pfotenhauer l. l. §. 10. p. 38. Gottschalk Disc. For. I, 23. p. 232 fg. Kind Quaest. For. III, 15. p. 66 fg. Curtius Handbuch §. 438. not. d. Biener Syst. §. 266. not. 1. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfragen No. 320. Volkmann System §. 205 bei not. i. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1841. I, 20. p. 82 fg. 1843. III, 22. p. 67 fg.

1 Can. 3. Causa III. qu. 1. „Redintegranda" Tit. Decr. X. de resti-

sowohl in Form einer selbstständigen Klage, als in Form einer Ausflucht[2] geltend gemacht werden kann, jedoch auf eigenthümlichen Grundsätzen beruht. Zum Gebrauch dieses Besitzrechtsmittels ist lediglich derjenige berechtigt, welcher aus dem Besitze einer beweglichen[3] oder unbeweglichen körperlichen Sache oder aus dem Quasibesitze eines dinglichen Rechts[4] durch eine unerlaubte Thathandlung[5] des Beklagten, also durch eigenmächtige Anmaßung des Besitzes oder Quasibesitzes entsetzt worden ist[6]. Demnach ist die Spolienklage ein remedium recuperandae possessionis, mittelst dessen der Kläger die Wiedereinräumung des ihm

tutione spoliatorum II, 13. Tit. eodem in VIto. II, 5. Cap. 2. X. de ordine cognitionum II, 10. Rchs-Cammergerichts-Ordnung v. 1495. §. 30. Rchs-Abschied v. 1548. §. 38. J. H. Boehmer Exercit. ad Pand. V, 91. Schorch Diss. de remedio spolii, Erford. 1772. Fleck Comm. binae de interdicto unde vi et remedio spolii, Lips. 1797. v. Savigny Besitz §. 50. p. 619 fg. Roßhirt im Archiv für die civilist. Praxis VIII, 1. p. 65. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 6. §. 13. p. 173 fg. Geiger ebendaselbst XIII, 10. §. 12 fg. p. 270 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 64. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. IX. p. 301 u. 337 fg. Seuffert Blätter für Rechtsanwendung 1836. No. 32. Leyser Med. ad Pand. Sp. 504. Curtius Handbuch §. 488 fg. Kori Summ. Proc. §. 134 fg. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 10 fg. p. 51 fg.

[2] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237.

[3] Can. 1. 2 u. 3. Caus. III. qu. 1. Boehmer Jus Eccles. Prot. II, 13. §. 3. Geiger l. l. §. 15. p. 280. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Sache eine vertretbare oder nicht vertretbare ist. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 648. p. 12 fg. Ueber das römische Interdictum unde vi s. unten not. 7.

[4] Fleck Diss. laud. p. 95 fg. Curtius Handbuch §. 489. Mittermaier l. l. p. 338. Von dem spolium, welches der Eigenthümer eines Grundstücks an dem von einem Anderen darauf errichteten Werke begehen kann, s. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung Neue Folge XIII. p. 172 fg. Von Familienrechten gilt dieß nicht, sondern nur von dinglichen Rechten an fremden Sachen. Mittermaier l. l. p. 338.

[5] Bloßes Verweigern einer Leistung oder Unterlassen derselben ist kein Spolium. Bestritten ist, ob der, welcher precario besitzt, als Spoliant anzusehen sei und nach der richtigeren Ansicht zu verneinen. Vergl. hierzu fr. 1. fr. 31. §. 7. Dig. de don. inter vir. et uxorem XXIV, 1. Const. 7. Cod. de jurisd. omnium jud. III, 13. Const. 34. Cod. de locat. et cond. IV, 65. Const. 10. Cod. unde vi VIII, 4. Wernher Obs. For. P. VIII. Obs. 318. Curtius Handbuch p. 489. not. b. Roßhirt im Archiv f. die civilist. Praxis VIII, 1. p. 65. Heerwart in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. XII, 9. p. 320. u. unten §. 57 bei not. 4.

[6] Boehmer Jus. Eccles. Protest. II, 13. Danz Summ. Pr. §. 11. Ausg. II. Geiger in der Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. l. l. p. 272. Duncker in der Zeitschrift für das deutsche Recht II. p. 102 fg. Seuffert Blätter für Rechtsanwendung No. 32. v. Bayer l. l. §. 64. Mittermaier l. l. p. 338 fg. Hommel Rhaps. Obs. 780. Fleck Diss. laud. p. 93. Curtius l. l. §. 489. und das bei v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 388 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts. Vergl. noch can. 3. Caus. III. qu. 1. Cap. 1. 5. 6. 7 u. 8. X. de restit. spoliat. II, 13.

verloren gegangenen Besitzes oder Quasibesitzes fordert. Dieses Rechtsmittel verdankt seinen Ursprung dem canonischen und deutschen Rechte[7] und beruht auf dem zur Zeit seiner Einführung überhand nehmenden Bedürfnisse eines geordneteren, die Selbsthülfe ganz ausschließenden Rechtszustands. Der Spolienproceß wird zwar im Allgemeinen in Form des ordentlichen Processes verhandelt, weicht aber davon in mehreren Punkten wesentlich ab[8].

§. 57.

Fortsetzung. Nähere Charakterisirung des Spolienprocesses.

In der Spolienklage[1] fordert der Kläger Wiedereinräumung des Besitzes oder Quasibesitzes, aus welchem er vom Beklagten entsetzt worden ist[2]. Daher muß die Besitzstörung, auf welche sich der Kläger in der Spolienklage beruft, eine Entsetzung aus dem Besitze[3] zur Folge gehabt haben. Auch genügt dazu die bloße Unterlassung oder Verweigerung einer Leistung nicht. Vielmehr wird eine äußerlich erkennbare positive Thathandlung des Beklagten erfordert, durch welche die Entsetzung des Klägers aus dem Besitze bewirkt worden ist[4]. Diese Thathandlung muß nicht gerade eine gewaltsame, jedenfalls aber eine eigenmächtige, an sich und schon ihrer Form nach widerrechtliche gewesen sein, wenn

---

[7] Vgl. über die verschiedenen Ansichten v. Savigny Besitz §. 50. p. 619 fg. v. Linde Lehrbuch §. 345. Heerwart l. l. Geiger l. l. Duncker l. l. v. Bayer l. l. Mittermaier l. l. p. 290 fg. Kori Summ. Proc. §. 134. not. 5. vergl. mit cap. 15. X. de restit. spoliat. II, 13. Das römische Interdictum unde vi bezog sich auf den Fall gewaltsamer Entsetzung aus dem Besitze unbeweglicher Sachen. Fr. 1. §. 3 sq. Dig. de vi et vi armata XLIII, 16. Const. 7. Cod. unde vi VIII, 4. v. Savigny l. l. §. 40. p. 505 fg. Betrachtet man daher das remedium spolii als eine Erweiterung dieses Interdictum unde vi, so ist doch gewiß durch diese Erweiterung nach und nach ein ganz neues Rechtsmittel geschaffen worden, dessen Eigenthümlichkeiten sich nicht verkennen lassen. Vergl. Geiger l. l. §. 12. p. 272. u. §. 21. p. 285 fg.

[8] S. unten §. 69.

[1] Von der Ausflucht des Spolium s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237.

[2] Vergl. oben §. 56. Dieß gilt auch von der unrechtmäßigen Ergreifung des Mitbesitzes. Leyser Med. ad Pand. Sp. 504. med. 3. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 616. p. 299 fg.

[3] Eine scheinbare Ausnahme bildet der Fall, wenn der Beklagte mittelst der Spoliirung nur den Mitbesitz ergriffen hat. Leyser l. l. med. 2 u. 3.

[4] Vergl. oben §. 56. not. 5.

sie auch nur arglistig, betrügerisch, oder sonst an sich unrechtmäßig war[5]. Auch steht die Spolienklage nicht allein gegen den Spolianten selbst, und zwar sogar dann, wenn derselbe die spoliirte Sache nicht mehr besitzt[6], sondern auch gegen denjenigen zu, welcher zum Spolium Auftrag gab, oder dasselbe ausdrücklich oder stillschweigend genehmigte[7], ja sogar gegen jeden dritten unredlichen Besitzer der spoliirten Sache[8]. Der Besitz oder Quasibesitz, aus welchem der Spoliirte entsetzt worden ist, braucht den Erfordernissen eines juristischen Besitzes keineswegs zu entsprechen. Vielmehr genügt zu Anstellung der Spolienklage die Bezugnahme auf bloße Detention[9]. Daher wird im Spolienprocesse auf die Fehlerfreiheit oder das höhere Alter des Besitzes oder Quasibesitzes, auf den guten Glauben und den Rechtstitel des Klägers

---

[5] Boehmer Jus Eccles. Protest. II, 13. §. 2. Leyser l. l. med. 1. vergl. mit oben §. 56. not. 5 u. 6. Geiger in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XIII, 10. p. 273. A. M. ist v. Savigny Besitz §. 50. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 10. p. 51 fg. S. aber can. 3. Caus. III. qu. 1. „Redintegranda." cap. 14. X. de restit. spol. II, 13. und die in der Zeitschrift für Rechtpfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 237 fg. sowie im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1847. VII, 127. p. 399. 1850. X, 17. p. 65 fg. u. 74. p. 343 fg. ingleichen bei Ackermann Rechtssätze N. F. V, 665. p. 44 fg. V, 684. p. 121 fg. mitgetheilten Entscheidungen des Ober-App.-Gerichts, während diese Oberbehörde im Wochenblatte v. 1849. IX, 91. p. 315 fg. das Remedium spolii auf das Interdictum „Unde vi" zurückführen will, und Gewaltsamkeit der Besitzentsetzung fordert. Vergl. über dieses Interdict noch Zimmermann im Archiv für die civil. Praxis XXXVII, 9. p. 218 fg.

[6] Fr. 1. §. 34 sq. et 42. Fr. 15. fr. 19. Dig. de vi et vi armata XLIII, 16. Leyser l. l. med. 6. Boehmer Jus Eccl. Prot. II, 13. §. 3. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 648. p. 13.

[7] Cap. 15. X. de restit. spoliat. II, 13. Leyser l. l. med. 12. Stillschweigende Genehmigung findet namentlich dann Statt, wenn Jemand wissentlich daraus Vortheil zog. Leyser l. l. med. 13.

[8] Cap. 18. X. de restit. spoliat. II, 13. Geiger l. l. §. 17. p. 280 fg. Nach dem Gerichtsbrauche wird sie fälschlich sogar gegen den redlichen Besitzer zugelassen. Fleck Diss. laud. p. 116. Leyser l. l. Sp. 505. med. 1. Curtius Handbuch §. 493. not. b. Dieser Gerichtsbrauch stützt sich darauf, daß die mala fides mit der Insinuation der Ladung auf die Spolienklage eintrete. Vergl. Höpfner l. l. §. 19. p. 103. S. aber v. Savigny Besitz §. 50. p. 628. not. 1. Geiger l. l. p. 282 fg. Gegen Aeltern und Behörden darf die Spolienklage angestellt werden. Cap. 7 u. 15. X. de restit. spol. II, 13. Geiger l. l. §. 17. p. 283. Leyser l. l. Sp. 505. med. 1. Vom Interdictum unde vi galt dieß nicht. Fr. 7. §. 2. Dig. de obseq. par. patr. praest. XXXVII, 15. Fr. 1. §. 43. Dig. de vi et vi armata XLIII, 16. Leyser l. l. Sp. 18. Coroll. 3. Geiger l. l. p. 260.

[9] Cap. 18. X. de restit. spoliat. II, 13. Geiger in der Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. XIII, 10. §. 15. p. 276. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Proceß rc. IV. §. IX. p. 339. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 228. P. VI. Obs. 379. P. VII. Obs. 3. P. IX. Obs. 29. Hommel Rhaps. Obs. 41 u. 275. Fleck Diss. laud. p. 108 fg. Curtius Handbuch §. 493.

keine Rücksicht genommen[10]. Ebensowenig wird das Vorhandensein derjenigen Erfordernisse vorausgesetzt, von denen die Sächsischen Gesetze die Anstellung der summarischen Besitzklage auf Schutz des Quasibesitzes abhängig machen[11]. Demnach genügt die Bezugnahme auf die letzte vor der Spoliirung stattgefundene ruhige Besitzhandlung, ohne daß es dazu noch der Anführung anderer Besitzhandlungen oder der Behauptung bedarf, daß der Quasibesitz längere Zeit hindurch fortgedauert hätte. Das Gesuch des Klägers geht auf Wiedereinsetzung in den Besitz oder Quasibesitz, dessen sich der Beklagte angemaßt, also nach Befinden auf Rückgabe der spoliirten Sache nebst Früchten und Nutzungen, sowie auf Ersatz der durch die Spoliirung erwachsenen Schäden und Unkosten[12]. Die Spolienklage geht auf die Erben des Spoliirten über[13]. Vom Singularsuccessor gilt dieß nach der Praxis nicht[14]. Gegen die Erben des Spolianten kann dieselbe auch dann angestellt werden, wenn dieselben aus dem Spolium keinen Vortheil gezogen haben[15]. Die Spolienklage erlischt als actio perpetua erst nach Ablauf von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen durch Verjährung[16].

---

[10] Claproth Summ. Pr. §. 96. Süptitz Summ. Pr. §. 87. p. 144 fg. Mittermaier l. l. p. 302 u. 337. Wernher l. l. P. IX. Obs. 29. Leyser l. l. med. 10. Hommel Rhaps. Obs. 40. Biener Syst. §. 266. not. 2 am Ende. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 25. p. 132.

[11] Biener l. l. §. 266. not. 2. Höpfner l. l. §. 24. p. 120. A. M. ist Kori Summ. Pr. §. 134. jedoch mit Unrecht, denn Erl. Pr.-O. Anhang §. 19, welche nur vom Possessorium Summariissimum handelt, darf nicht extensiv interpretirt werden.

[12] Cap. 7. 11. 16. X. de restit. spoliat. II, 13. Wernher l. l. P. I. Obs. 350. Fleck Diss. laud. p. 121 fg. Kori l. l. §. 134. Claproth l. l. §. 96. Süptitz Summ. Pr. §. 87. p. 145. Geiger l. l. §. 18. p. 283. Mittermaier l. l. p. 337.

[13] Fr. 1. 44. Dig. de vi et vi armata XLIII, 16. Leyser l. l. Sp. 504. med. 7.

[14] Wernher l. l. P. X. Obs. 356.

[15] Cap. 5. X. de raptoribus V, 17. Cap. 14. X. de sepulturis III, 28. Cap. 9. X. de usuris V, 19. Fleck Diss. laud. p. 113. Curtius l. l. §. 493. Geiger l. l. §. 17. p. 283. Auch Gemeinheiten können sich eines Spolium schuldig machen. Vergl. Wernher Obs. For. P. X. Obs. 257. und oben §. 49.

[16] Wernher l. l. P. VI. Obs. 485. P. VII. Obs. 54. Boehmer Jus Eccl. Prot. II, 13. §. 13. Hommel Rhaps. Obs. 57. Fleck Diss. laud. p. 133. Curtius l. l. §. 493. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 9. p. 321. A. M. ist ohne Grund Duncker in der Zeitschrift f. d. deutsche Recht II. p. 146. Geiger l. l. §. 19. p. 283 fg.

§. 58.

Von den Unterschieden zwischen der ordentlichen und summarischen Besitzklage und der Spolienklage.

Aus den im Obigen angegebenen eigenthümlichen Merkmalen der zum Schutz und zur Wiedererlangung des Besitzes oder Quasibesitzes in Sachsen gestatteten drei Besitzrechtsmittel ergeben sich folgende Resultate. War der Kläger zur Zeit der erfolgten Besitzstörung im jüngsten Besitze, so steht ihm, vorausgesetzt, daß die Besitzstörung nicht mit dem Verluste der Detention verbunden war, die summarische Besitzklage auf provisorischen Schutz im Besitze oder Quasibesitze offen[1]. Ist dagegen der Kläger aus dem Besitze einer körperlichen Sache entsetzt, so kann er, falls sein Besitz der ältere oder bessere war, auf dessen Wiedereinräumung ordentliche Besitzklage erheben[2]. Bestand aber die Besitzstörung, deren sich der Beklagte schuldig machte, in einer Handlung, auf welche der Begriff des Spolium Anwendung leidet, so steht dem aus dem Besitze Entsetzten die Spolienklage zu[3]. War der mittelst des Spolium aus dem Besitze Entsetzte zugleich der ältere beziehendlich bessere Besitzer, so hat er zwischen dem Remedium spolii und dem Possessorium ordinarium die Wahl. Die bloße Detention berechtigt nur zu Anstellung der Spolienklage, falls die Entsetzung aus derselben den Charakter eines Spolium hat[4]. Das Recht, das Possessorium summarium anzustellen, erlischt mit dem Ablaufe eines Kalender-Jahrs von der erfolgten Besitzstörung angerechnet[5], während die ordentliche Besitzklage und die Spolienklage auch später noch mit Erfolg angestellt werden können[6]. Endlich unterscheidet sich die Spolienklage von den übrigen beiden Besitzrechtsmitteln vorzüglich noch dadurch, daß sie zu den befreiten Sachen gehört[7] und daß sie auch außerhalb des

---

[1] S. oben §. 55.

[2] S. oben §. 54.

[3] S. oben §. 56 u. 57.

[4] S. oben §. 57 bei not. 9.

[5] S. oben §. 55 am Ende.

[6] Beide Rechtsmittel erlöschen erst in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen. S. oben §. 54 u. 57 am Ende.

[7] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 29.

Besitzprocesses in Form einer Ausflucht mit Erfolg geltend gemacht werden kann[8].

§. 59.

Verhältniß des petitorischen Processes zu den Besitzprocessen und dieser Letzteren unter einander.

Durch die Entscheidung im summarischen Besitzprocesse, welche nur provisorisch ist und nur den jüngsten Besitz betrifft[1], wird der verlierenden Partei weder in Ansehung des Rechts noch des Besitzes präjudicirt. Daher kann dieselbe auf definitive Entscheidung über den Besitzstand im ordentlichen[2] Besitzprocesse antragen[3]. Ebenso kann derjenige, welcher im ordentlichen Besitzprocesse unterlag, auf Entscheidung über das Recht selbst im Petitorium den Antrag stellen, ohne daß ihm die exceptio rei judicatae im Wege steht[4]. Indeß ist es keineswegs nothwendig, daß dem ordentlichen Besitzprocesse ein summarischer, oder dem petitorischen Processe ein ordentlicher oder summarischer Besitzproceß vorausgegangen ist[5]. Auch braucht derjenige, welcher im summarischen Besitzprocesse unterlag, keineswegs seine Zuflucht zum ordentlichen Besitzprocesse zu nehmen. Vielmehr steht es ihm frei, sofort im petitorischen Processe auf Anerkennung des Rechts selbst zu klagen. Auf gleiche Weise kann der Beklagte im summarischen Besitzprocesse während des Laufs dieses provisorischen Besitzrechtsmittels das Ordinarium oder Petitorium und während des Laufs des Ordinarium das Petitorium, ja während des Laufs des Petitorium das Ordinarium oder Summarium anstellen[6].

---

[8] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237. Von anderen Besitzrechtsmitteln gilt dieß nicht.

[1] Vergl. oben §. 51 u. 52.

[2] Natürlich kann das Verfahren zu definitiver Regulirung des Besitzstands aus anderen Gründen summarisch sein.

[3] v. Linde Lehrbuch §. 347. Biener Syst. §. 264. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 17. p. 84 fg.

[4] Fr. 14. §. 3. Dig. de except. rei jud. XLIV, 2. Cap. 7. X. de causa poss. et propr. II, 12. v. Bayer Summ. Pr. §. 69 u. 73. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. IX. p. 329. Kind Quaest. For. III, 6. Darauf, ob das Ordinarium oder das Petitorium ausdrücklich vorbehalten worden war, kommt nichts an. Vergl. unten §. 61 bei not. 5.

[5] Vergl. das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IV. p. 543 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[6] Berger El. Proc. Poss. §. 42. Wernher Obs. For. P. IV. Obs. 1. n. 144. Pfotenhauer Besitz §. 29. p. 97. Kori Summ. Pr. §. 136. Höpfner l. l. §. 12. p. 68 fg. §. 16 u. 17. p. 78 fg. Vergl. cap. 5. X. de causa

Wird indeß das Petitorium während des Laufes eines Besitzprocesses rechtskräftig entschieden, so erlischt der Letztere nach dem Grundsatze: petitorium absorbet possessorium[7]. Ebenso kann nicht nur der Kläger im summarischen Besitzprocesse vor Beendigung desselben auf diesen Proceß verzichten und nach vorgängiger Erstattung der Proceßkosten ordentliche Besitzklage oder petitorische Klage erheben, sondern auch der Kläger im ordentlichen Besitzprocesse auf seine ordentliche Besitzklage verzichten und sein dingliches Recht im petitorischen Processe verfolgen[8]. Ebenso kann derjenige, welcher das Petitorium angestellt hat, auf dasselbe verzichten und eine Besitzklage anstellen[9]. Nach der definitiven Entscheidung im petitorischen Rechtsstreite ist die Anstellung eines Besitzrechtsmittels gar nicht mehr zuläßig[10], es müßte denn im Ersteren der Kläger nur aus processualischen Gründen abgewiesen worden sein[11]. Wer im Besitzprocesse rechtskräftig verurtheilt worden ist, muß zuvörderst dem gefällten Erkenntnisse, soweit der Betrag des zu Leistenden darin sofort bestimmt ist, vollständig Genüge geleistet haben, bevor er vom Gegner Einlassung und Antwort im petitorischen Rechtsstreite oder Fortsetzung desselben verlangen kann[12]. In Betreff der im Erkenntnisse unbe-

---

poss. et propr. II, 12. und die in Praxi nicht befolgte const. 3. Cod. de interdictis VIII, 1.

7 Gesterding Ausbeute I, 6. p. 145 fg. v. Bayer l. l. §. 75. Wernher l. l. P. IV. Obs. 118. Nach der 1846 ausgesprochenen Ansicht des Dresdner Bezirks-Appell.-Gerichts soll dieß nur von dem Falle gelten, wenn das Eigenthum des Klägers oder des Beklagten im Petitorium bewiesen ist, nicht auch dann, wenn der Kläger in petitorio blos wegen Mangels an Beweismitteln unterliegt. Dagegen lassen sich aber erhebliche Bedenken geltend machen. Nur in dem Falle, wenn die Abweisung des Klägers in petitorio in angebrachter Maaße erfolgt ist, wird das Petitorium dadurch nicht absorbirt.

8 v. Bayer l. l. §. 74. Mittermaier l. l. p. 329. Pfotenhauer l. l. §. 29. Kori l. l. §. 136. Als Zugeständniß des Besitzes des Beklagten ist die Verzichtleistung auf das Possessorium nicht anzusehen. Fr. 12. §. 1. Dig. de adquir. vel amitt. poss. XLI, 2. Höpfner l. l. §. 27. p. 150. A. M. sind Wernher l. l. P. I. Obs. 117. Kori l. l. §. 136. not. 4.

9 Wernher l. l. P. IV. Obs. 149. Suppl. dazu p. 525. P. VI. Obs. 475. Pfotenhauer l. l. §. 29. Kori l. l. §. 136. Vergl. fr. 12. §. 1. Dig. de adquir. vel amitt. poss. XLI, 2. Fr. 18. §. 1. Dig. de vi et vi armata XLIII, 16. Cap. 5. X. de causa poss. et propr. II, 12. Clem. un. de caus. poss. et propr. II, 3. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 20. v. Linde Lehrbuch §. 347. v. Bayer l. l. §. 75.

10 Gesterding l. l.

11 v. Bayer l. l. p. 188. Mittermaier l. l. p. 329. Cap. 5. X. de caus. poss. et propr. II, 12. steht dem nicht entgegen.

12 Jgstr Rchs-Abschied v. 1654. §. 139. Carpzov Resp. I, 76. Boehmer Jus Protest. Eccles. II, 12. §. 12. Pfotenhauer l. l. §. 27.

stimmt gelassenen Schäden gilt dieß nicht[13]. Auf gleiche Weise muß derjenige, welcher im summarischen Besitzprocesse gesiegt hat, aber im ordentlichen Besitzprocesse oder im petitorischen Processe unterliegt, als Besitzer bösen Glaubens zu Erstattung der erhobenen oder doch zu erheben gewesenen Früchte und des vom Gegner in Folge der Verurtheilung im summarischen Besitzprocesse Geleisteten verurtheilt werden. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Sieger im ordentlichen Besitzprocesse im späteren petitorischen Processe unterliegt[14]. Endlich kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Spolienklage keinem der übrigen Besitzrechtsmittel präjudicirt, soweit nicht das eine oder das andere der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist[15]. Namentlich kann derjenige, welcher im Spolienprocesse unterlag, seine Zuflucht zur ordentlichen Besitzklage nehmen. Nur muß der Spoliant zuvor die spoliirte Sache dem Spoliirten restituirt haben[16].

Wegen Zusammenhangs der Rechtssachen soll übrigens die petitorische Klage, wenn derselben ein Besitzproceß vorausging, bei demjenigen Gerichte angestellt werden, vor welchem der Besitzproceß anhängig war. Desgleichen ist die ordentliche Besitzklage an den Gerichtsstand der vorausgegangenen summarischen Besitzklage gebunden[17]. Indeß wird darauf nach der Praxis nicht

---

Kind Quaest. For. III, 39. v. Bayer l. l. §. 74. Nach Kori l. l. §. 117. not. 14. wendete das vormalige Appell.-Gericht diese Gesetzstelle nur bei Spolienklagen an. Vergl. Erl. Pr.-O. XI, 3. Curtius l. l. §. 492. Indeß läßt sich die Ausdehnung dieses Grundsatzes auf andere Besitzrechtsmittel, ganz abgesehen von der angez. Gesetzstelle, auch nach Analogie der von der Widerklage geltenden Grundsätze rechtfertigen.

[13] Carpzov l. l. Biener l. l. §. 269. Kori l. l. §. 136.

[14] Erl. Pr.-O. Anhang §. 20. Kori l. l. am Ende.

[15] Denn der Klaggrund ist ein ganz anderer.

[16] Spoliatus ante omnia est restituendus. Erl. Pr.-O. XI, 3. Leyser Med. ad Pand. Sp. 504. med. 10. Hommel Rhaps. Obs. 41. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 26. p. 135 fg. §. 17. p. 84 fg. u. unten §. 69 bei not. 8 u. 23.

[17] Const. 10. Cod. de jud. III, 1. Const. 13. Cod. de rei vind. III, 32. Cap. 1. X. de caus. poss. et propr. II, 12. Cap. 1. X. de sequestr. poss. et fruct. II, 17. Wernher l. l. P. I. Obs. 305. P. VIII. Obs. 401. Boehmer Jus Eccles. Protest. II, 12. §. 13. Struben Rechtl. Bed. III, 760. p. 413 fg. Lotz Civilist. Abhandlungen p. 175 fg. Buff in der Zeitschrift für Civilr. u. Proceß N. F. VIII, 9. p. 281 fg. Pfotenhauer l. l. §. 15. p. 55 fg. Kind Quaest. For. III, 6. Biener l. l. §. 264. Obs. Kori l. l. §. 136. p. 250. Weiske Handbuch §. 130. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 144. Vergl. auch mein Lehrbuch §. 81. not. 5. A. M. sind Hommel Rhaps. Obs. 83. Brackenhoeft Erörterungen p. 245 fg. Dagegen will Höpfner l. l. §. 23. p. 118 fg. dieß nur in Betreff der Besitz-

von Amtswegen, sondern nur dann geschehen, wenn der Beklagte die Einrede des unzuständigen Gerichts ausdrücklich geltend gemacht hat[18].

§. 60.

Cumulation der petitorischen und possessorischen Klagen.

Bei Beurtheilung der Frage, ob der Kläger die petitorische Klage mit den possessorischen Rechtsmitteln oder diese Letzteren selbst mit einander cumuliren dürfe[1], sind verschiedene Fälle zu unterscheiden. Die Cumulation der summarischen Besitzklage mit der petitorischen Klage in einer und derselben Klagschrift ist in Sachsen schon der Natur der Sache nach unmöglich, weil die Erstere immer ein Remedium retinendae possessionis ist[2], aber auch noch überdieß aus dem Grunde unzuläßig, weil sie nicht in eodem genere processus verhandelt wird[3]. Dasselbe gilt von der Cumulation der summarischen Besitzklage mit der ordentlichen oder der Spolienklage[4]. Dagegen ist die gleichzeitige Anstellung der summarischen Besitzklage mit einer anderen Besitzklage oder der petitorischen Klage in verschiedenen Klag-

---

rechtsmittel unter einander, nicht auch in Betreff des Petitorium und der Besitzrechtsmittel zugeben.

[18] Kind l. l. Vergl. Berger Oec. Jur. IV, 4. Th. 2. not. 14. Biener l. l. A. M. sind Hommel l. l. Obs. 83. Pfotenhauer Doctr. Pr. §. 136. not. ***, indem sie behaupten, der Kläger könne zur Wahl dieses Gerichtsstands niemals gezwungen werden. Die not. 17 angezogenen Gesetzstellen besagen aber deutlich das Gegentheil.

[1] Vergl. Berger El. Proc. Poss. §. 40. Pfotenhauer Besitz §. 28. Curtius Handbuch §. 480. not. c. Kori Summ. Proc. §. 136. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfragen I, 31. p. 257 fg. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 27. p. 139 fg. Volkmann System §. 204. und über das gemeine Recht Gesterding Ausbeute I, 6. Du Roi im Archiv für die civ. Prax. VI, 14. p. 263 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 76. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Proceß ꝛc. IV. §. IX. p. 329 fg.

[2] Siehe oben §. 55 bei not. 1.

[3] Erl. Pr.-O. V, 2. Kori Summ. Proc. §. 136. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 216 bei not. 4. und diese Note selbst. Freilich ist es dem Kläger gestattet, auf sein Recht sich zu beziehen und dabei zu behaupten, er sei auch jüngster Besitzer. Allein auf die letztere Behauptung kommt dann nichts an, wenigstens hat dieselbe dann den summarischen Proceß nicht zur Folge. A. M. scheint Höpfner l. l. §. 27. p. 139 fg. Vergl. noch Wernher Obs. For. P. IV. Obs. 118. Suppl. dazu p. 513. Ueber das gemeine Recht s. cap. 5. X. de causa poss. et propr. II, 12.

[4] Auch dieß beruht ebensowohl auf der Natur der Sache, als auf der Erl. Pr.-O. V, 2. Vergl. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 83. p. 244. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts und mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 216 bei not. 4.

schriften, sobald nicht in der Natur der Sache ein Hinderniß liegt, immer zulässig und bisweilen sogar rathsam[5]. Die Cumulirung der ordentlichen Besitzklage mit der petitorischen Klage in einer und derselben Klagschrift ist, soweit es die Natur der Sache gestattet, nicht nur immer zulässig, sondern auch häufig schon deßhalb rathsam, weil der Richter, wenn er den Anspruch des Klägers auf Zuerkennung des Rechts selbst nicht begründet oder bewiesen findet, doch nach Befinden das jus possessionis des Klägers anerkennen und den Beklagten zu Anerkennung des Besitzes oder Quasibesitzes und zu Unterlassung aller Besitzstörungen, auch Ersatz des Schadens verurtheilen muß[6]. Stillschweigend findet diese Cumulation nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung[7] dann Statt, wenn der Kläger in seiner ordentlichen Besitzklage petitorische Gründe vorgebracht, Beklagter darauf sich eingelassen und in meritis hauptsächlich geantwortet hat, dergestalt, daß aus den Acten und dem beiderseitigen Einbringen der Parteien die Gerechtsamkeit in petitorio gnüglich erhellt, indem der Richter in solchem Falle, obwohl die Klagschrift eigentlich nur eine possessorische Klage enthielt, in petitorio erkennen darf, es müßte denn der Kläger in seiner Klagschrift ausdrücklich erklärt haben, daß er die Jura in petitorio nur pro coloranda possessione angeführt haben wolle[8]. Auch soll in geringfügigen Rechtssachen, wenn wegen eines geringfügigen Gegenstands possessorisch geklagt worden ist und die Parteien petitorische Gründe

---

[5] Dann werden aber besondere Actenstücke angelegt. Vergl. Biener Syst. §. 271. Die exceptio litis pendentis hat nicht Statt. Fr. 12. Dig. de adquir. vel amitt. possess. XLI, 2.

[6] Wernher l. l. Suppl. zu P. III. Obs. 204. Vol. VII. p. 407. Kori l. l. §. 133. Ist in solchem Falle das Recht selbst bewiesen, so wird das Possessorium absorbirt. Wernher l. l. P. IV. Obs. 118.

[7] Decis. Elect. 13. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. S. die hiergegen geltend gemachten Bedenken von Hommel Diss laud. §. 4. Vergl. Berger El. Proc. Poss. §. 37. Kori l. l. §. 136. Höpfner l. l. p. 149. v. Bayer l. l. §. 76. Mittermaier l. l. p. 331.

[8] Vergl. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfragen II, 21. p. 228. Dann kann nicht einmal zu Gunsten des Klägers petitorisch erkannt werden. Kori Summ. Pr. §. 136. not. 9 am Ende. Vergl. noch Wernher l. l. P. IV. Obs. 118. P. VI. Obs. 278. Hommel Rhaps. Obs. 315. Biener l. l. §. 271. Ueber das gemeine Recht s. v. Linde Lehrbuch §. 347. v. Bayer l. l. §. 77. Mittermaier l. l. p. 331 u. 329 fg. Ist dagegen das Petitorium angestellt und im Laufe des Processes zwar der Besitz, nicht aber das Recht des Klägers ermittelt worden, so darf der Richter keineswegs in possessorio erkennen. Wernher l. l. Suppl. ad P. III. Obs. 204. Vol. VII. p. 408.

beigefügt haben, auch dann sofort über das Recht selbst erkannt werden, wenn Kläger sich gegen das Petitorium ausdrücklich verwahrt haben sollte[9]. Die Cumulation der Spolienklage mit der ordentlichen Besitzklage oder der petitorischen Klage ist ebensowohl in der nämlichen Klagschrift als in verschiedenen Klagschriften gestattet, es müßte denn im concreten Falle der Natur der Sache nach die eine von der anderen ausgeschlossen werden[10].

§. 61.

Vom Erkenntnisse in Besitzstreitigkeiten im Allgemeinen.

Die Endentscheidung in Besitzstreitigkeiten betrifft nur das Factische des Besitzes, keineswegs das Recht selbst und enthält entweder nur die provisorische oder die definitive Entscheidung über den Besitzstand. Provisorisch ist die Regulirung des Besitzstands nur im summarischen Besitzprocesse und gewissermaßen auch im Spolienprocesse, während der ordentliche Besitzproceß die definitive Regulirung des Besitzstreits zum Zweck hat. Deßhalb muß sich auch der Richter in allen Fällen auf die Entscheidung über den Besitzstand beschränken[1], es müßte denn eine ausdrückliche oder stillschweigende Cumulation des petitorischen Processes mit dem ordentlichen Besitzprocesse stattgefunden haben[2], oder der Gegen-

---

[9] Mandat v. 28. November 1753. C. C. A. I. p. 383 fg. §. 2. Haubold geringf. Rechtssachen §. 40. p. 54. Höpfner l. l. §. 27. p. 148 fg. u. unten §. 74 bei not. 18. Stillschweigende Cumulation findet gewissermaßen auch dann Statt, wenn sich der Kläger auf ununterbrochenen Verjährungsbesitz bezieht. Berger El. Proc. Poss. §. 40. Biener l. l. §. 271. Kori l. l. §. 136.

[10] Cap. 2. X. de caus. poss. et propr. II, 12. Ackermann Rechtssätze N. F. VI, 803. p. 176 fg. Nach römischem Recht durften Besitzrechtsmittel mit dem Petitorium gar nicht cumulirt werden. Const. 13. Cod. de rei vind. III, 32. Const. 3. Cod. de interd. VIII, 1. Const. 1. Cod. de appell. VII, 62. Das canonische Recht schloß die Cumulation nur bei remediis retinendae possessionis aus. Cap. 2. 5 u. 6. X. de caus. poss. et propr. II, 12. Vergl. über die verschiedenen Ansichten Claproth Summ. Pr. §. 51. v. Bayer l. l. §. 76. Mittermaier l. l. p. 329 fg. Carpzov Jur. For. II, 7. def. 10. Resp. I, 71. Berger El. Proc. Poss. §. 40 fg. Ejusdem Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 12. Wernher l. l. P. IV. Obs. 118. Pfotenhauer l. l. §. 28. p. 92. Curtius l. l. §. 480. not. c. Kori l. l. §. 136. Höpfner l. l. §. 27.

[1] Carpzov Resp. I, 71 u. 73. Curtius Handbuch §. 480. not. c. Auf gleiche Weise ist in der Regel nicht in possessorio zu entscheiden, wenn nur das Petitorium angestellt ist. Curtius l. l. Vgl. jedoch Berger El. Proc. Poss. §. 42. Ejusdem Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. n. 12 fg. Hommel Rhaps. Obs. 315.

[2] Vergl. oben §. 60.

stand des possessorischen Processes ein geringfügiger sein[3]. Lautet das Endurtheil in Besitzstreitigkeiten auf Verurtheilung des Beklagten, so wird demselben in allen Fällen die Unterlassung aller Störungen des Besitzes oder Quasibesitzes und die Erstattung der dem Kläger verursachten Schäden, zugleich aber auch, wenn das angestellte Besitzrechtsmittel auf Wiedereinräumung der Detention gerichtet war, die Zurückgabe der Sache und nach Befinden die Wiederherstellung des durch die Besitzstörung veränderten Zustands derselben auferlegt. Im summarischen Besitzprocesse wird außerdem dem unterliegenden Theile das Ordinarium und Petitorium, im ordentlichen Besitzprocesse das Petitorium ausdrücklich vorbehalten[4]. Ist dieß nicht geschehen, so geht es dem Besiegten deßhalb nicht verloren[5]. Die Rechtskraft des Erkenntnisses im summarischen Besitzprocesse präjudicirt der Anstellung der ordentlichen Besitzklage deßhalb nicht, weil in diesem Processe über den Besitzstand nur provisorisch, nicht definitiv entschieden wird[6]. Auf gleiche Weise wird durch die rechtskräftige Entscheidung im ordentlichen Besitzprocesse der Anstellung der petitorischen Klage nicht vorgegriffen, weil im ordentlichen Besitzprocesse nur über den Besitzstand, nicht über das dingliche Recht selbst entschieden wird[7]. Ebensowenig präjudicirt die rechtskräftige Entscheidung im Spolienprocesse der Anstellung der übrigen Besitzprocesse, soweit dieselben nicht im concreten Falle der Natur der Sache nach ausgeschlossen sind[8]. Dagegen kann nach rechtskräftiger Entscheidung im ordentlichen Besitzprocesse der summarische Besitzproceß nicht mehr angestellt werden, da nach erfolgter definitiver Regulirung des Besitzstands eine nachträgliche provisorische Regulirung desselben nicht mehr gedacht werden kann. Ebensowenig kann nach rechtskräftiger Entscheidung über das Recht selbst, zwischen den nämlichen Parteien über den Besitz gestritten werden[9], es

---

[3] S. oben §. 60 bei not. 9.

[4] Erledigung der Landesgebrechen vom 22. Juni 1661. Tit. von Justizsachen §. 36. C. A. I. p. 195 fg. Decis. Elect. 1. vom 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Wernher Obs. For. P. X. Obs. 461. Biener Syst. §. 270. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 24. p. 124. Vergl. auch Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proc. ꝛc. IV. §. IX. p. 329.

[5] Höpfner l. l.

[6] Vergl. oben §. 59.

[7] Vergl. oben §. 59.

[8] Höpfner l. l.

[9] Petitorium absorbet Possessorium. Vergl. oben §. 59 bei not. 7.

müßte denn die Sachlage durch Hinzukommen neuer Thatumstände sich verändert haben. Aus dem Gesagten folgt, daß das Erkenntniß im Besitzprocesse keineswegs den Charakter eines für das Petitorium einflußreichen Interlocuts hat, und daß daher dasselbe auch für das Letztere nicht als Basis angenommen werden kann. Namentlich kann die im Besitzprocesse rechtskräftig festgestellte Qualität des Besitzes bei dem nachherigen petitorischen Processe nicht als Richtschnur dienen[10].

Neuntes Capitel.

Vom Verfahren im summarischen Besitzprocesse*.

§. 62.

Von der summarischen Besitzklage.

Die summarische Besitzklage ist unfeierlich, und kann ebensowohl mündlich zu Protocoll, als schriftlich in Form eines einfachen Schreibens angebracht werden[1]. Doch wird nach der Praxis wohl auch feierliche Klagschrift zugelassen[2]. Zur factischen Begründung[3] des Anspruchs auf provisorischen Schutz im Besitze

---

[10] v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 3. Deßhalb wird auch im Negatorienprocesse der Beklagte von der Beweislast nicht befreit, wenn er im vorausgegangenen Besitzprocesse den Besitz der Servitut nachgewiesen hat. Hommel Rhaps. Obs. 717.

* Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661. Tit. v. Justizsachen §. 36. C. A. I. p. 195 fg. Decis. Elect. 1 u. 13. vom 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Erl. Pr.-O. Anhang §. 19 u. 20. Decis. Elect. 2. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg. Mandat vom 7. August 1770. C. C. A. I. p. 1341. Rescript vom 5. Juli 1799. C. II. C. A. I. p. 565. Generale v. 2. Januar 1813. C. III. C. A. I. p. 268. Mandat v. 30. Juli 1813. §. 6. C. III. C. A. II. p. 161 fg. Verordnung v. 21. März 1820. §. 7 fg. Rescript vom 25. August 1820. Mandat v. 13. März 1822. §. 2. Rescript v. 10. September 1822. Mandat v. 21. Februar 1827. §. 5 u. 6. A. Gesetz vom 28. Januar 1835. §. 15. 19 u. 22. Verordnung vom 28. März 1835. §. 14. Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 9. Bekanntmachung des Ober-Appellationsgerichts v. 22. Juli 1843. Berger Electa Processus Possessorii, Lipsiae 1745. Hommel Diss. laud. Lips. 1784. Pfotenhauer Besitz §. 7 fg. Biener Syst. §. 265 fg. Kori Summ. Pr. §. 118 fg. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 28. p. 152 fg. und die übrigen oben §. 45. not. 1. angeführten Schriften.

[1] Biener Syst. §. 265.

[2] Dieß gilt jedoch nur von größeren Sachen. Höpfner l. l. §. 24. p. 125.

[3] In der Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. wird ein richtiges medium concludendi und ein deutliches Petitum erfordert.

muß sich der Kläger zunächst auf den Umstand beziehen, daß er im jüngsten Besitze sich befinde[4]. Die bloß allgemeine Behauptung, daß dieß der Fall sei, genügt indeß keineswegs. Vielmehr muß Kläger die Thatsachen speciell bezeichnen, aus denen der Richter den jüngsten Besitz erkennen kann[5]. Namentlich bedarf es bei Rechten zu Begründung der summarischen Besitzklage der genauen Angabe einer oder mehrerer Besitzhandlungen, wie solche nach Verschiedenheit der Fälle erfordert werden, sowie der näheren Darlegung, daß der Quasibesitz die gesetzlich dazu erforderliche Zeit hindurch gewährt habe[6]. Erfordert wird, daß der Besitz oder die Besitzhandlungen des Klägers ruhige[7] gewesen, und daß nicht schon aus der eigenen Darstellung des Klägers das Gegentheil sich ergiebt[8]. Außerdem bedarf es der genauen Bezeichnung des Gegenstands, an welchem er den jüngsten Besitz ausgeübt haben will[9]. Ueberhaupt hat er dasjenige zu berücksichtigen, was oben[10] von den Erfordernissen des jüngsten Besitzes gesagt worden ist. Der Behauptung, daß der Besitz oder Quasibesitz des Klägers fehlerfrei gewesen, bedarf es deßhalb nicht wesentlich, weil die Gewährung des provisorischen Schutzes im Besitze von einer vorausgegangenen Erörterung der Fehlerfreiheit nicht abhängt[11]. Noch viel weniger gehört in die summarische Besitzklage die Bezugnahme auf den älteren oder besseren Besitz. Hat nun der Kläger daraus, daß er den ruhigen jüngsten Besitz für sich habe, unter stillschweigender oder ausdrücklicher Beziehung auf einen geeigneten Rechtsgrundsatz den Schluß gezogen, daß er auf provisorischen Schutz im Besitze gegen jeden Störer Anspruch machen könne, so hat er sich auf eine von Seiten des Beklagten

---

4 Vergl. oben §. 54 bei not. 1. §. 55.

5 Höpfner l. l. §. 24. p. 119.

6 Vergl. oben §. 55. Gewöhnlich geschieht dieß mit den Worten: „Kläger befindet sich seit ein, zwei, drei und mehr Jahren im Besitze des Rechts ꝛc.“ Ueber die Begründung des Besitzes eines Verbietungsrechts s. oben §. 55 bei not. 22 u. 23. über die Begründung des Besitzes der natürlichen Freiheit ebendaselbst bei not. 24. Vergl. Pfotenhauer l. l. §. 17. p. 65 fg.

7 Ueber den Begriff „ruhigen“ Besitz s. oben §. 53. not. 1.

8 Vergl. darüber oben §. 53. not. 1. Der ausdrücklichen Bezugnahme darauf, daß der Besitz ein ruhiger gewesen, bedarf es bei der Negativität dieses Begriffs nach der richtigeren Ansicht nicht wesentlich.

9 Vergl. Wernher Obs. For. P. X. Obs. 372. P. VIII. Obs. 419.

10 S. oben §. 55.

11 S. oben §. 53 bei not. 2. u. §. 55 nach not. 24. Hommel Rhaps. Obs. 178.

vorgefallene Besitzstörung ausdrücklich zu beziehen und die Thatsachen, welche er als Besitzstörung angesehen wissen will, umständlich zu beschreiben [12]. Auch bedarf es bisweilen der activen oder passiven Sachlegitimation des Klägers in der Klagschrift [13]. Die sofortige Bescheinigung der in der Klagschrift behaupteten Thatsachen ist zwar zweckmäßig, aber nicht nothwendig [14]. Vielmehr kann dieselbe noch im Laufe des Verfahrens erfolgen [15]. Der Eidesantrag über die Klage ist, wie überhaupt im summarischen Besitzprocesse, so auch hier unzulässig [16]. Am Schlusse fordert der Kläger vom Beklagten Einlassung und Antwort auf die Klage unter der Verwarnung des Eingeständnisses und der Ueberführung und Recognition der zur Bescheinigung etwa beigelegten Urkunden unter der Verwarnung des Anerkenntnisses, und bittet um Schutz im ruhigen jüngsten Besitze, bis Beklagter im Ordinario oder Petitorio ein Mehreres ausgeführt haben werde, ingleichen um Verurtheilung des Beklagten zu Unterlassung aller ferneren Störungen des Besitzes unter Androhung einer Geldstrafe [17], sowie zu Wiederherstellung des etwa veränderten Zustands der Sache, um deren Besitz es sich handelt, und endlich zu Erstattung der durch die Besitzstörung entstandenen erweislichen Schäden [18] und der durch den Proceß erwachsenen

---

[12] Vergl. oben §. 47. Diese Besitzstörung kann in Sachsen nur in einer Beunruhigung desselben bestehen. Vergl. oben §. 54 bei not. 1. §. 55.

[13] Pfotenhauer l. l. §. 18. p. 67. Höpfner l. l. §. 24. p. 122. Vergl. oben §. 49.

[14] Pfotenhauer l. l. §. 20. p. 69. Nur wenn der Kläger um sofortige Ertheilung eines Manutenenzdecrets bittet, muß eine Bescheinigung vorausgegangen sein. S. unten bei not. 21.

[15] Vergl. unten §. 64.

[16] Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. u. unten §. 64.

[17] Gewöhnlich bei 20 Thaler und wenn der Gegenstand geringfügig ist, bei 5 Thaler Strafe. Dieß ist durch das Executionsgesetz vom 28. Februar 1838. §. 81. nicht abgeändert. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 371 u. 356. Beck Executionsgesetz p. 87. Vergl. heirzu noch Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 6. §. 30. p. 206 fg.

[18] Daß darauf im summarischen Besitzprocesse libellirt und im Erkenntnisse erkannt werden könne, erhellt aus Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. Vergl. Pfotenhauer l. l. §. 24. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1844. IV, 148. p. 407. Doch kann der Kläger diese Schäden auch sofort quantificiren. Hat er dieß unterlassen, so bedarf es zuvörderst ihrer Quantificirung und Bescheinigung, bevor mit der Hülfsvollstreckung wegen derselben verfahren werden kann. Hierzu bedarf es nach der vom Ober-App.-Gerichte in neuerer Zeit angenommenen Ansicht regelmäßig der Anstellung besonderer Klage, es müßte denn der geforderte Schädenbetrag liquid sein, oder ein so geringfügiges Object betreffen, daß in Betracht der übrigen concurrirenden Umstände die Anordnung eines Eides unbedenklich erschiene. Siehe auch Kori Ordentl. Proceß

Unkosten[19]. Ist Gefahr im Verzuge vorhanden, so kann auch mit dem Klaggesuche unter sofortiger Bescheinigung des neuesten Besitzes die Bitte um sofortige Ertheilung eines Manutenenz-decrets verbunden werden, wornach der Beklagte bei Geldstrafe angewiesen wird, aller Veränderungen der Sachlage bis zum Austrag der Sache sich zu enthalten[20]. Auch ist nach Befinden und namentlich dann, wenn der Besitz ganz zweifelhaft ist, der Antrag auf Bestellung eines Sequesters oder gerichtliche Beschlagnahme des Besitzgegenstands zulässig[21]. Mängel, welche sich der Kläger bei Abfassung der Klagschrift zu Schulden kommen läßt, können zwar noch im Laufe des Verfahrens verbessert werden und ist daher die sofortige Zurückweisung der Klage wegen solcher Mängel nicht zulässig. Ist aber den Mängeln auch bis zur Inrotulation der Acten nicht abgeholfen worden, so wird der Kläger sachfällig[22]. Die Klage verjährt übrigens innerhalb eines Kalenderjahrs von der erfolgten Störung angerechnet[23], und diese Extinctivverjährung wird durch die legale Insinuation der darauf

---

§. 190. Höpfner l. l. §. 24. p. 122 fg. A. M. sind Pfotenhauer Doctr. Pr. §. 582. Biener Syst. §. 213. Vergl. auch Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1842. II, 5. p. 35 fg. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 350. not. 14. §. 205. not. 12. Der Antrag auf Ersatz der Schäden bleibt weg, wenn der Kläger sich nur auf eine mündliche Störung bezog. Biener l. l. §. 266.

[19] Pfotenhauer l. l. §. 18. p. 66. Höpfner l. l. §. 24. p. 123. Fehlerhaftes Petitum hat der Richter von Amtswegen zu verbessern. Biener l. l. §. 265. Doch muß aus demselben zu ersehen sein, welches Besitzrechtsmittels der Kläger sich bedienen will. Biener l. l.

[20] Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung von 1555. II, 21. §. 3. Dieses Manutenenzdecret wird gewöhnlich nur mündlich ertheilt und darüber Nachricht zu den Acten gebracht. Eine Geldstrafe kann jedoch nur dann angedroht werden, wenn dasselbe schriftlich erlassen wird. Indeß kann nach Erforderniß der Umstände zu Sicherung der derzeitigen Sachlage physischer Zwang angewendet werden. Vergl. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 24. p. 460. v. Linde Lehrbuch §. 344. v. Bayer Summ. Pr. §. 66. not. 9 und 10. Mittermaier l. l. p. 334. Biener l. l. §. 267. v. Langenn und Kori Erörterungen pract. Rechtsfragen II, 21. p. 222 fg. Volkmann System §. 202 am Ende und oben §. 48. Namentlich wird eine solche Temporalinhibition dann erlassen, wenn unersetzbarer Schaden droht. Vergl. v. Gönner l. l.

[21] Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555. II, 21. §. 3. v. Linde Lehrbuch §. 344. Mühlenbruch Entwurf §. 452. Rechtsmittel gegen derartige Maßregeln haben keine Suspensivkraft. Const. un. Cod. Si mom. poss. VII, 69. Albert Interd. Uti possid. §. 139 fg. v. Linde l. l. Mittermaier l. l. p. 337. und unten §. 66.

[22] Erl. Pr.-O. Anhang §. 19.

[23] Fr. 1. pr. Dig. Uti possidetis XLIII, 17. u. oben §. 53. not. 6. u. §. 55 bei not. 26. Von der ordentlichen Besitzklage gilt dieß nicht. S. oben §. 52 u. 54 am Ende.

zu erlassenden Vorladung unterbrochen[24]. Von der Bestellung des Kostenvorstands ist der Kläger nach der richtigeren Ansicht nicht befreit[25].

§. 63.

Von der Ladung, dem Verhörstermine und dem rechtlichen Verfahren im summarischen Besitzprocesse.

Hatte der Kläger in seiner Klage unter sofortiger Bescheinigung seines jüngsten Besitzes den Antrag auf Ertheilung eines Manutenenzdecrets gestellt, so wird nach Eingang der Klagschrift, wenn sonst Gefahr im Verzuge ist, diesem Antrage gemäß, oder auch nach Befinden von Amtswegen[1] zuvörderst schleunig ein solches Manutenenzdecret unter Androhung einer angemessenen Geldstrafe an den Beklagten erlassen[2] und sodann erst mit der Vorladung der Parteien zum Verhörstermine verfahren.

Die Ladung zum Verhörstermine wird peremtorisch sub poena confessi et convicti erlassen[3], und muß daher eine Sächsische Frist enthalten[4], es müßte denn der Klaggegenstand ein geringfügiger sein[5]. Sind der Klage zur Bescheinigung Urkunden beigelegt, so wird der Beklagte zugleich zur Anerkennung derselben sub poena recogniti aufgefordert[6]. Im Uebrigen gelten von der Ladung sowohl, als vom Verhörstermine und dem darin anzustellenden Güteversuche die allgemeinen Grundsätze[7]. Ueber

---

24 Gesetz v. 20. Juni 1846. §. 1. Ueber das frühere Recht, nach welchem die Extinctivverjährung durch die Klaganstellung selbst unterbrochen wurde, siehe Gottschalk l. l. Kind l. l. III, 88. p. 388. Pfotenhauer Doctr. Pand. §. 208. Kori Verjährung §. 154. Curtius l. l. §. 578. v. Hartitzsch l. l. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 205. not. 17. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1841. I, 20. p. 84. Wer sich also in seiner summarischen Besitzklage auf eine Besitzstörung beruft, seit welcher bereits ein Jahr verflossen ist, wird wegen der ihm entgegenstehenden Ausflucht der Verjährung und zwar sogar von Amtswegen zurückgewiesen. Gottschalk l. l. p. 232.

25 Berger Oec. Jur. IV, 19. Th. 2. not. 2. Leyser Med. ad Pand. Sp. 34. med. 6. A. M. ist Pfotenhauer l. l. §. 18. p. 67.

1 Vergl. hierüber oben §. 48.

2 Vergl. oben §. 62 bei not. 20. und diese Note selbst.

3 Erl. Pr.-O. Anhang §. 19.

4 Erl. Pr.-O. IV, 1.

5 In solchem Falle genügt eine 14tägige bis höchstens dreiwöchentliche Frist. Biener Syst. §. 266. Siehe auch unten §. 77 bei not. 4.

6 Pfotenhauer Besitz §. 18. p. 67. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 28. p. 152.

7 Biener l. l.

die Aechtheit der der Klage beigelegten und im Termine producirten Bescheinigungsurkunden hat sich der Beklagte sofort zu erklären [8]. Das Verfahren ist, wie im ordentlichen Processe, an eine siebentägige Frist gebunden [9]. Die Einlassung auf die Klage kann unfeierlich sein [10]. Doch muß sich der Beklagte auf die Behauptungen des Klägers, soweit solche den jüngsten Besitz und die Besitzstörung betreffen, ausdrücklich und deutlich erklären [11]. Läugnet er beides, so hat Kläger, soweit dieß nicht bereits bei der Klage geschehen ist, beides zu bescheinigen [12]. Doch gilt das Läugnen des ruhigen jüngsten Besitzes an sich schon als Störung [13]. Gesteht der Beklagte den ruhigen jüngsten Besitz zu, läugnet er aber die behauptete Besitzstörung, so ist es dem Kläger in dem Falle, wenn die Besitzstörung den Verlust des Besitzes nicht zur Folge hatte, überlassen, ob er sich bei dieser Erklärung beruhigen und auf den Proceß verzichten, oder die behauptete Störung seines Besitzes bescheinigen will. Im ersteren Falle hat der Kläger dem Beklagten die Proceßkosten zu erstatten [14], es müßte denn der Beklagte durch eine zweideutige Handlung die Anstellung der Klage, oder durch zweideutige Beantwortung der Letzteren die Fortstellung des Processes veranlaßt haben, wo dann auf Compensation der Proceßkosten erkannt, oder wohl auch dem Beklagten die Erstattung derselben auferlegt wird [15]. Im letzteren Falle wird der Beklagte nach geführter Bescheinigung der Besitzstörung

---

[8] Erbietet er sich zur Diffession, so kann er zwar dazu sofort im Termine gelassen werden. Allein in der Regel wird die Auferlegung des Diffessionseides zum Erkenntnisse ausgesetzt. Auch kann der Beklagte seine Erklärung über die Aechtheit der Urkunden noch im Laufe des Verfahrens abgeben. Vergl. unten §. 64 bei not. 8.

[9] Pfotenhauer l. l. §. 20. p. 69. Höpfner l. l. §. 28. p. 153.

[10] Hommel Rhaps. Obs. 26. Pfotenhauer l. l. §. 19. p. 68 fg. Kori Summ. Pr. §. 119. p. 220. Höpfner l. l. p. 153. Volkmann System §. 205.

[11] Pfotenhauer l. l. §. 19. p. 69. Biener l. l. Süptitz Summ. Pr. §. 85. p. 142. v. Linde Lehrbuch §. 344. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. IX. p. 334 fg.

[12] Biener l. l. §. 266. S. unten §. 64.

[13] S. oben §. 47. not. 4. Von der Beantwortung dieses Umstands mit Nichtwissen gilt dieß nicht.

[14] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 168 bei not. 16.

[15] Hommel l. l. Obs. 177. Biener l. l. Erklärt der Beklagte in seiner Antwort auf die Klage, daß die zweideutige Handlung, deren er sich schuldig gemacht, keine Besitzstörung involviren solle, so trägt der Kläger zweckmäßig nichtsdestoweniger auf Verurtheilung des Beklagten an, um die Vortheile der res judicata zu erlangen. Biener l. l. §. 266 am Ende.

zum Ersatz der Schäden und Proceßkosten und zu Unterlassung aller ferneren Störungen bei Geldstrafe verurtheilt[16]. Mislingt die vom Kläger unternommene Bescheinigung der Störung, so wird der Kläger abgewiesen und zu Erstattung der aufgelaufenen Proceßkosten verurtheilt[17]. Behauptet der Beklagte, er selbst sei im ruhigen jüngsten Besitze, so wird der Besitz streitig[18]. Die Form der von den Parteien einzureichenden Sätze ist die gewöhnliche. Die Einlassung muß, wie im ordentlichen Processe, spätestens am sechsten Tage der siebentägigen Frist zum Verfahren eingereicht werden[19]. Dilatorische Einreden sind zulässig, werden aber nur insoweit berücksichtigt, als sie auf einen Mangel in den absolut wesentlichen Voraussetzungen und Erfordernissen des Processes überhaupt oder auf die Zulässigkeit dieser Proceßart oder auch auf die Nichtbeobachtung der für die summarische Besitzklage bestehenden eigenthümlichen Vorschriften sich beziehen[20]. Von ihrer Vorschützung und Bescheinigung gelten die allgemeinen Grundsätze[21]. Peremtorische Ausflüchte sind nur insoweit zuläs-

---

16 Biener l. l.

17 Hommel l. l. Obs. 177. Pfotenhauer l. l. §. 7. p. 20.

18 Rchs-Constitution v. 1532. Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555. II, 21. §. 3. In solchem Falle kommt Alles darauf an, ob der Beklagte im Stande ist, seinerseits den jüngsten ruhigen Besitz zu behaupten, da der jüngere ruhige Besitz in diesem provisorischen Besitzprocesse den älteren ausschließt. Handelt es sich also um den Quasibesitz eines dinglichen Rechts, so muß er anführen, daß er den Quasibesitz während des letzten Jahres oder nach Befinden während der letzten 10 Jahre von der Klaganstellung an zurückgerechnet ungestört ausgeübt habe, auch bei juribus discontinuis auf 3 Besitzhandlungen sich beziehen. Denn für den Beklagten besteht die Besitzstörung in der Klaganstellung von Seiten des Klägers. Die Vertheidigungsmittel des Klägers gegen ein solches Anführen sind die nämlichen, welche dem Beklagten gegen die Klage zu Gebot stehen. Läugnet der Kläger den jüngeren Quasibesitz, so hat der Beklagte denselben zu bescheinigen. Außerdem ist es dem Kläger gestattet, seine Bescheinigung darauf zu richten, daß die Besitzhandlungen, wodurch Beklagter den jüngsten Quasibesitz erlangt haben will, dem Kläger gegenüber fehlerhaft gewesen seien, oder daß der Beklagte im Quasibesitze gestört worden sei. Auf gleiche Weise verhält es sich, wenn der Kläger auf provisorischen Schutz im Besitze einer körperlichen Sache geklagt hat, welchen er zur Zeit der Klaganstellung noch ausübt. Indeß wird hier der Beklagte wenigstens in der Regel nicht leicht behaupten können, er selbst sei im jüngsten Besitze. Als remedium recuperandae possessionis wird das Possessorium summarium in Sachsen nicht zugelassen. Siehe oben §. 54 bei not. 1. u. §. 55 bei not. 1.

19 Höpfner l. l. §. 28. p. 153.

20 v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 26. v. Linde Lehrbuch §. 344. v. Bayer Summ. Processe §. 67. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß rc. p. 335. Pfotenhauer Besitz §. 19. p. 68. Biener Syst. §. 266.

21 Höpfner l. l. §. 25. p. 126 fg.

sig, als sie zu Entkräftung des in der Klage geltend gemachten Anspruchs geeignet sind, also auf den jüngsten Besitz und auf den Mangel der Erfordernisse dieses Besitzes sich beziehen[22]. Dagegen dürfen Ausflüchte, welche das Recht an der Sache, deren Besitz streitig ist, oder den älteren oder besseren Besitz betreffen, in dieser Proceßart nicht berücksichtigt werden[23]. Die Ausflucht des Spolium[24], sowie die Ausflucht, daß der vom Kläger ausgeübte jüngste Besitz dem Beklagten gegenüber fehlerhaft sei[25], sind zuläßig[26]. Ebenso ist auch die Nennung des Urhebers gestattet[27]. Der Einwand des Beklagten, daß er Mitbesitzer sei, ist nach den vom Mitbesitze geltenden eigenthümlichen Grundsätzen nicht als Ausflucht, sondern als theilweises Läugnen des Klaggrunds anzusehen[28]. Das Verfahren wird übrigens nicht bloß zu Feststellung des Streitpunkts, sondern auch zugleich über die Zuläßigkeit der Beweismittel und über die herbeigeschafften Beweisgründe abgesetzt[29]. Die Hauptintervention ist in diesem Processe nach der richtigeren Ansicht nicht zuläßig, die Nebenintervention aber nur dann, wenn sich der Nebenintervenient ausschließlich auf den jüngsten Besitz stützt[30]. Streitankündi-

---

22 Mittermaier l. l. p. 335. Pfotenhauer l. l. §. 19. p. 68. Biener l. l. Höpfner l. l. §. 25. p. 127 fg. Volkmann System §. 205. Namentlich gehören dahin die Ausflucht des Vergleichs über den Besitz, der Verjährung, der Verzichtleistung, der Unterbrechung des Besitzes, des jüngeren Besitzes, der res judicata etc.

23 Decisio Elect. 13. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Höpfner l. l. §. 25. p. 127 fg. Mittermaier l. l. p. 335.

24 Kori l. l. §. 119. p. 220. Mittermaier l. l. p. 335. A. M. ist Leyser Med. ad Pand. Sp. 506. med. 1.

25 Mandat v. 30. März 1822. §. 2. Vergl. oben §. 53 bei not. 4. u. §. 55 bei not. 25. Vom Spolienprocesse gilt dieß nicht. Vergl. unten §. 69 bei not. 7.

26 Auf gleiche Weise kann sich der Beklagte durch die Behauptung schützen, daß die Besitzhandlung, worauf der Kläger seinen Besitz stütze, selbst diejenige sei, welche den gegenwärtigen Proceß veranlaßt habe. Vergl. oben §. 53. not. 1.

27 S. oben §. 49 bei not. 11.

28 v. Savigny Besitz §. 37. vergl. mit §. 11.

29 Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. Vergl. unten §. 64. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 14.

30 Rivinus Enunc. XV, 10. Leyser Med. ad Pand. Sp. 508. med. 18 fg. Gottschalk Disc. For. II, 11. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 220. Ganz wollen die Intervention ausschließen Hofacker Princip. Juris Romano-Germanici III. §. 4271. Biener l. l. §. 315. Nach Höpfner l. l. §. 29. p. 162 fg. u. Beiträge zur civilgerichtl. Praxis I, 15. p. 85 fg. sollen alle Arten der Intervention zuläßig sein. Volkmann System §. 185. läßt dagegen die Hauptintervention zu, während er die Nebeninterven-

gung ist nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung ganz ausgeschlossen [31].

§. 64.

Von der Bescheinigung und Gegenbescheinigung im summarischen Besitzprocesse.

Die Bescheinigung der von den Parteien im summarischen Besitzprocesse aufgestellten streitigen und des Beweises bedürftigen thatsächlichen Behauptungen muß ohne vorhergegangene richterliche Aufforderung dazu sofort im Verfahren und spätestens im Inrotulationstermine [1] oder doch, wenn in diesem Termine die Acten nicht inrotulirt worden sind, wenigstens vor Abfassung des Bescheids oder Versendung der Acten [2] erfolgen [3]. Der Ein-

---

tion ausschließt. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 188. not. 9.

[31] Erl. Pr.-O. XIV, 1. Leyser l. l. Sp. 240. med. 8. Hommel Rhaps. Obs. 191. Kori Summ. Processe §. 119 am Ende. Höpfner l. l. §. 29. p. 165. Die Regreßnahme steht also auch dann offen, wenn dieß sonst nur nach vorgängiger Streitankündigung der Fall gewesen sein würde. Carpzov Jur. For. II, 34. def. 31. Berger Oec. Jur. III, 8. Th. 5. not. 8. Im ordentlichen Besitzprocesse ist die Streitankündigung zuläßig, aber in keinem Falle nothwendig. Vergl. unten §. 68 am Ende u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 193 bei not. 8.

[1] Dieser kann nach dem Gerichtsbrauche auf Antrag einer Partei prorogirt werden. Der solennitas legalis bedarf es dazu niemals. Wernher Obs. For. P. IX. Obs. 180. An eine peremtorische Frist ist also die Bescheinigung und Gegenbescheinigung nicht gebunden. Wernher l. l. P. I. Obs. 212. Rivinus Enunc. XX, 7. Kind Quaest. For. III, 17. Kori Summ. Proc. §. 119. Doch kann nach ertheilter Verlängerung der Richter eine peremtorische Frist bestimmen, innerhalb deren die Bescheinigung oder Gegenbescheinigung bei Verlust beigebracht werden muß. Personen, denen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, bekommen eine Fristverlängerung mehr. Zweifelhaft könnte es scheinen, ob nicht in diesem Falle auch jetzt noch eine Ungehorsamsbeschuldigung erfordert werde, nach der richtigeren Ansicht aber zu verneinen. Vergl. Biener Syst. §. 267. not. 3. Mit Recht machen Höpfner Besitzrechtsmittel §. 28. p. 153. u. Volkmann System §. 206. auf das Nachtheilige dieses Gerichtsbrauchs aufmerksam. Allein wenn man einmal die Bestimmung des Anhangs d. Erl. Pr.-O. §. 19, daß die Bescheinigungsmittel in termino zu übergeben seien, nicht vom Termine, sondern vom Verfahren versteht, so ist kein genügender Grund vorhanden, die Beibringung der Bescheinigungsmittel schlechterdings an die gesetzlich für das Verfahren gestattete siebentägige Frist zu binden, da das Verfahren bekanntlich in der Regel innerhalb dieser Frist nicht beendigt wird. In der Appellationsinstanz werden Bescheinigungsmittel nicht mehr berücksichtigt. Kind l. l. III, 17.

[2] So hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1844 erkannt. Vergl. auch die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1848. VIII, 8. p. 31 fg. mitgetheilte Entscheidung. Hier gilt also das Nämliche, was unten §. 77 am Ende von der Bescheinigung in geringfügigen Rechtssachen gesagt ist.

[3] Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. vergl. mit Concept der Rchs.-Camm.-

reichung von Bescheinigungsartikeln bedarf es dazu nicht[4]. Indeß ist dieselbe, namentlich in dem Falle, wenn die Bescheinigung oder Gegenbescheinigung durch Zeugen geführt worden ist, in der Regel rathsam. Eine besondere Zufertigung solcher Bescheinigungs- oder Gegenbescheinigungsartikel an den Gegner findet nicht Statt[5]. Die Bescheinigungsmittel sind die gewöhnlichen. Nur der Eidesantrag ist gänzlich ausgeschlossen[6]. Die Urkunden, deren sich eine Partei bedienen will, müssen absolute und hypothetische Beweiskraft haben und sobald sie zur Bescheinigung des jüngsten Besitzes dienen sollen, nicht bloß auf den Besitz im Allgemeinen, sondern auf einzelne Besitzhandlungen sich beziehen[7]. Dieselben werden entweder sofort im Termine oder doch im Verfahren producirt. Hatte sie der Kläger seiner Klage beigelegt und Recognition gefordert, so hat sich der Beklagte über die Aechtheit derselben in Gemäßheit der darauf ausdrücklich lautenden Ladung bei Strafe des Anerkenntnisses sofort im Verhörstermine oder doch spätestens im Verfahren zu erklären[8]. Erfolgte dagegen die Induction der Urkunden von Seiten einer Partei erst im Termine oder im Laufe des Verfahrens, so muß in dem Falle, wenn von der Gegenpartei eine ausdrückliche Erklärung über die Aechtheit nicht abgegeben worden ist, die Entscheidung von der Recognition oder Diffession abhängig gemacht

---

Gerichts-Ordnung v. 1613. III, 22. §. 5. Hommel Rhaps. Obs. 42. Pfotenhauer Besitz §. 20. p. 69. Kind l. l. Biener l. l. §. 267. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 28. p. 153. Vergl. auch Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. IV. §. IX. p. 334. Die Beibringung von gerichtlichen Zeugenrotuln wurde früher nach der Praxis bis zur Versendung der Acten oder Abfassung des Bescheids zugelassen. Hommel l. l. Pfotenhauer l. l. Da aber nach der Verordnung v. 21. März 1820. §. 5. 7 u. 11. die Vereidung und Abhörung der Zeugen auch im summarischen Processe vor einem anderen, als dem Proceßgerichte nur dann geschehen darf, wenn dasselbe dazu vom Proceßgericht requirirt, oder wenn im Fall des Compromisses von den Compromittenten ein Zeugniß des Proceßrichters beigebracht worden ist, daß gegen die Vereidung und Abhörung des Zeugen kein Bedenken vorliegt, so kann diese von der Praxis eingeführte Ausnahme jetzt nicht mehr vorkommen. Kori Summ. Proc. §. 119 bei not. 6.

[4] Biener l. l. §. 267. Höpfner l. l. §. 28. p. 153. Volkmann System §. 206.

[5] Biener l. l.

[6] Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 1.

[7] Const. 12. Cod. de probat. IV, 19. vergl. mit fr. 48. Dig. de adquir. vel amitt. poss. XLI, 2. Wernher l. l. P. I. Obs. 117. Leyser Med. ad Pand. Sp. 453. med. 1. Pfotenhauer l. l. §. 22. p. 73.

[8] Siehe oben §. 63 bei not. 6.

werden[9]. Edition von Bescheinigungsurkunden kann nur dann gefordert werden, wenn sich dieselben auf den jüngsten Besitz des Streitgegenstands beziehen, nicht aber dann, wenn sie zur Bescheinigung des Rechts selbst dienen sollen[10]. Die Zeugen müssen vor Inrotulation der Acten denominirt werden[11]. Die Abhörung derselben erfolgt ebenfalls vor Inrotulation der Acten. In Betreff der Competenz des Richters zur Abhörung gelten die allgemeinen Grundsätze[12]. Jedoch durften nach früherem Rechte[13] in summarischen Possessoriensachen der Gerichtsherren die Zeugenverhöre weder vor ihren eigenen, noch vor den Gerichten ihres Ehegatten, noch vor den Gerichten der in ihrer väterlichen Gewalt stehenden Kinder, noch auch vor den Gerichten der ihrer Obsicht anvertrauten Pflegebefohlenen geschehen. Ebensowenig konnten solche Zeugenverhöre durch die bei dergleichen Gerichten angestellten Gerichtsverwalter und Actuare vor anderen Gerichten, bei denen die Letzteren ebenfalls verpflichtet waren, vorgenommen werden. Vielmehr waren die Zeugen in den erwähnten Fällen bei dem betreffenden Königlichen Gerichte abzuhören[14]. In Betreff der Possessoriensachen der Mitglieder des Hauses Schönburg hat das Justizamt zu Zwickau, an dessen Stelle neuerdings das dasige Gerichtsamt getreten ist, noch jetzt hierzu fortwährenden Auftrag[15]. Die Zeugen dürfen zu wiederholten Malen und wenn ihre Aussage nicht zureicht, neue Zeugen pro-

---

9 Kori Summ. Pr. §. 119. Volkmann System §. 206. Vergl. einen ähnlichen Fall unten §. 78 bei not. 26.

10 Wernher l. l. P. VIII. Obs. 482.

11 Ueber die nach der früheren Praxis bis zum Verspruch oder der Versendung der Acten zugelassene Beibringung von gerichtlichen Zeugenrotuln siehe oben not. 3.

12 Verordnung v. 21. März 1820. §. 7 fg. Rescript v. 25. August 1820. Rescript v. 10. September 1822. Nach der Erl. Pr.-O. Anhang §. 19. konnten die Zeugen vor jedem Gericht abgehört werden. Nur notarielle Zeugenrotuln waren ausgeschlossen. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 1.

13 Mit dem Wegfalle der Patrimonialgerichtsbarkeit in Folge des Gesetzes, die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz für Rechtspflege und Verwaltung betr. v. 11. August 1855. §. 1. und der Verordnung dazu vom 13. September 1856 hat diese Bestimmung, außer in den Schönburgischen Receßherrschaften, ihre Anwendbarkeit verloren.

14 Angez. Verordnung v. 21. März 1820. §. 8 fg. Rescript v. 25. August 1820.

15 Rescript v. 10. September 1822. Vergl. Verordnung v. 15. September 1856. §. 1.

ducirt werden[16]. Fragstücke sind nicht zulässig[17]. Ueberhaupt werden die Beweismittel nicht gemeinschaftlich und können daher dieselben bis zur Inrotulation der Acten nach Belieben widerrufen oder an deren Stelle andere producirt werden[18]. Da der summarische Besitzproceß nur provisorischer Natur ist, so wird volle Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der bestrittenen Thatsachen nicht erfordert[19]. Daher genügt die durch einen classischen oder zwei verdächtige geschworene, oder auch zumal im Fall der Gefahr im Verzuge, namentlich wenn Gewalt, Thätlichkeiten oder Tumult zu besorgen ist, ausnahmsweise sogar die durch zwei classische ungeschworene Zeugen beigebrachte Wahrscheinlichkeit zu Ertheilung einer für den Bescheinigenden günstigen Entscheidung[20]. Auch wird sogar auf die Aussage von Zeugen Rücksicht genommen, welche nach allgemeinen Grundsätzen zum Zeugniß nicht gelassen werden dürfen, sie müßten denn physisch ganz unfähig sein, oder an der Streitsache ein unmittelbares Interesse haben[21]. Die über die Abhörung der Zeugen aufgenommenen Protocolle werden zu den Acten genommen. Anfertigung und Eröffnung von Zeugenrotuln findet nicht Statt[22]. Die Zeugen müssen sich übrigens in ihren Aussagen über den

---

16 Biener l. l. §. 267.

17 Erl. Pr.-O. l. l. Allein der Gegner kann sich der nämlichen Zeugen bedienen. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 1.

18 Berger El. Proc. Poss. §. 27. Biener l. l. §. 267. Höpfner l. l. §. 28. p. 155. Volkmann System §. 206.

19 Claproth Summ. Pr. §. 36. Danz Summ. Pr. §. 18. Aufl. II. Süptitz Summ. Pr. §. 86. v. Bayer Summ. Pr. §. 67. p. 164 fg. Mittermaier l. l. p. 336. A. M. ist v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 25. S. aber Concept der Rchs-Camm.-Gerichts-Ordnung v. 1613. XXII, 5.

20 Decis. Elect. 1. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. Erl. Pr.-O. Anhang §. 20. Vergl. Carpzov Jur. For. II, 7. def. 16. Wernher l. l. P. IX. Obs. 95. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 6. Hommel Rhaps. Obs. 484. Pfotenhauer l. l. §. 21. p. 71 fg. Biener l. l. §. 268. Kori Summ. Pr. §. 119. p. 220 fg. Höpfner l. l. §. 28. p. 153 fg. S. auch v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 23. Strenggenommen handeln die angez. Gesetzstellen nur von der Bescheinigung des Besitzes, nicht von der Bescheinigung der Störung. Indeß wird die dort enthaltene Bestimmung nach der Praxis auch auf die letztere ausgedehnt.

21 Wernher l. l. P. I. Obs. 115. Berger Elect. Proc. Poss. §. 28. Ejusdem Oec. Jur. IV. 30. Th. 5. not. 9. Leyser Med. ad Pand. Sp. 508. med. 1. Pfotenhauer l. l. §. 21. p. 72. Biener l. l. §. 267.

22 Pfotenhauer l. l. §. 20. p. 70. Biener l. l. Ebensowenig werden die Protocolle über die Zeugenaussagen dem Gegner mitgetheilt. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 6.

jüngsten Besitz des Klägers auf einzelne bestimmte ruhige Besitzhandlungen beziehen, woraus der Richter den jüngsten Besitz erkennen kann und die allgemeine Versicherung derselben, daß sich Kläger im jüngsten Besitze befinde, reicht nicht aus[23]. Indeß wird es nach der Praxis für genügend angesehen, wenn die Zeugen aussagen, daß der Kläger ein Recht seit 1. 2. 3 und mehr Jahren alljährlich ausgeübt habe. Factische und Rechtsvermuthungen sind als Bescheinigungs- oder Gegenbescheinigungsgründe in allen Fällen von Einfluß[24]. Besichtigung ist zulässig und ein in summarischen Besitzsachen vorzüglich häufiges Bescheinigungsmittel[25]. Auch Sachverständige können in denselben als Bescheinigungsmittel gebraucht werden. Von der Gegenbescheinigung gelten in allen Beziehungen die nämlichen Grundsätze[26]. Dieselbe ist entweder direct oder indirect, und daher entweder auf unmittelbare Widerlegung des Gegenstands der Bescheinigung oder auf eine in dieser Proceßart zulässige Ausflucht gerichtet. Der Beklagte kann sich in dieser Gegenbescheinigung derselben Bescheinigungsmittel bedienen, welche der Kläger bei der Bescheinigung gebraucht hat[27]. Auch darf der Beklagte in Betreff seiner Gegenbescheinigung auf die nämlichen Vergünstigungen Anspruch machen, welche dem Kläger hinsichtlich der Bescheinigung gesetzlich zustehen[28].

§. 65.

Von der Entscheidung im summarischen Besitzprocesse.

In der Entscheidung, welche auf Bescheinigung und Gegenbescheinigung niemals lauten darf, und daher fast immer definitiv ist[1], wird darüber entschieden, ob der Kläger im ruhigen jüngsten

---

[23] Berger El. Proc. Possess. §. 28. Wernher l. l. Suppl. ad P. I. Obs. 119. p. 116. Pfotenhauer l. l. §. 20. p. 72. S. oben §. 62 bei not. 6 fg.

[24] Berger l. l. §. 32. Wernher l. l. P. II. Obs. 433. Leyser Med. ad Pand. Sp. 453. med. 3. Pfotenhauer l. l. §. 22. p. 73. Biener l. l. §. 268.

[25] Pfotenhauer l. l. §. 22. p. 74. Biener Syst. §. 267. Volkmann System §. 206.

[26] Pfotenhauer l. l. §. 23.

[27] S. oben not. 17.

[28] Daher genügen zur Gegenbescheinigung ein classischer vereideter, sowie zwei verdächtige vereidete, oder im Fall Gefahr im Verzuge ist, zwei classische unvereidete Zeugen. Siehe oben bei not. 20.

[1] Doch können andere Interlocute vorkommen, worin auf Entfernung von

Besitze oder Quasibesitze des Streitgegenstands sich befinde und vom Beklagten in diesem Besitze oder Quasibesitze gestört worden sei, also dem Beklagten gegenüber provisorisch geschützt werden müsse [2]. Definitive Regulirung des Besitzstands findet in diesem Erkenntnisse niemals Statt [3]. Das Erkenntniß wird entweder vom Gericht selbst gefällt, oder von der Spruchbehörde eingeholt [4]. Dasselbe ist entweder abweisend, oder verurtheilend, oder lossprechend [5]. Im ersten Falle findet die Abweisung entweder schlechterdings oder in angebrachter Maaße Statt [6]. Im Falle der Verurtheilung wird dem Beklagten aufgegeben, aller Störungen des jüngsten Besitzes bei Geldstrafe [7] sich zu enthalten, den vorigen Zustand auf eigene Kosten wieder herzustellen, nach Befinden das abgepfändete Object dem Kläger zurückzugeben [8], und die durch die Besitzstörung entstandenen Schäden, sowie die Proceßkosten dem Kläger zu ersetzen [9]. Ist die Höhe der Geldstrafe im Erkenntnisse nicht bestimmt, so verfällt der verurtheilte Beklagte bei der ersten Zuwiderhandlung in eine Geldstrafe von Fünf Thalern [10]. Auf Erstattung der entstandenen Schäden wird nur dann erkannt, wenn der Kläger darum ausdrücklich gebeten hatte [11]. Sind dieselben in der Klagschrift quantificirt und dem

---

Mängeln im Verfahren gesprochen wird, welche der definitiven Entscheidung im Wege stehen. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 119. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 28. p. 154.

2 v. Linde Lehrbuch §. 344. Pfotenhauer Besitz §. 24. p. 77 fg. Biener Syst. §. 268. Kori Summ. Pr. §. 119. p. 222 fg. Höpfner l. l. §. 28. p. 154. Vergl. oben §. 51. Namentlich werden in diesem Erkenntnisse auch die Grenzen des Besitzes bestimmt. Biener l. l.

3 Biener l. l. u. oben §. 53 u. 55.

4 Biener l. l. §. 269.

5 Pfotenhauer l. l. Dasselbe kann auch gemischt sein. Biener l. l.

6 Pfotenhauer l. l. §. 24. p. 77. Höpfner l. l. §. 24. p. 125.

7 Gewöhnlich beträgt diese zwanzig Thaler. Pfotenhauer l. l. §. 24. p. 79. Doch kann sie nach Ermessen des erkennenden Richters auch höher oder niedriger gestellt werden. Executionsgesetz vom 28. Februar 1838. §. 81. Beck Executionsgesetz p. 87. Früher wurde auf Bestellung einer cautio de non amplius turbando erkannt. Wernher l. l. P. I. Obs. 290. Berger El. Proc. Poss. §. 36. Biener l. l. §. 268. Nach der Erl. Pr.-O. XXXIX, 3. wird dem Beklagten die Störung bei Strafe verboten. Doch kann es bei wiederholter Besitzstörung zu Auferlegung dieser Caution kommen. Vergl. Executionsgesetz v. 28. Februar 1838. §. 84. und mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 371 bei not. 13. S. auch Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. 2c. IV. §. IX. p. 336 fg.

8 Vergl. oben §. 16.

9 Pfotenhauer l. l. §. 24.

10 Executionsgesetz vom 28. Februar 1838. §. 81.

11 Ueber die Zulässigkeit der Entscheidung über die Schäden im summari-

Betrage nach bescheinigt worden, so wird der Betrag im Erkenntnisse ausgedrückt[12]. Im entgegengesetzten Falle und wenn der Kläger nur allgemein auf Ersatz der „erweislichen" Schäden geklagt hatte, erfolgt auch die Verurtheilung in dieser Weise und bedarf es dann der nachträglichen Quantificirung und Bescheinigung der Schäden von Seiten des Klägers[13]. Auf Erstattung der Früchte kann ebenfalls nur dann erkannt werden, wenn der Kläger dieselben in der Klagschrift ausdrücklich erwähnt hat. Die Verurtheilung dazu ist nur dann zulässig, wenn der Kläger durch die Besitzstörung an Percipirung der Früchte gehindert worden ist[14]. Die Verurtheilung in die Kosten richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Compensirt werden dieselben in der Regel nicht[15]. Verurtheilung des Klägers ist zulässig[16]. Dem unter-

---

schen Besitzprocesse s. oben §. 62. not. 18. Hat der Kläger diese Schäden in seiner Klage unerwähnt gelassen, so sind sie keineswegs für erlassen zu achten. Denn die Erstattung der durch die Besitzstörung erwachsenen Schäden ist ohnehin nur nebenbei gestattet, da das Recht, Schadenersatz zu fordern, im summarischen Besitzprocesse, wo es sich nur um provisorischen Schutz im Besitze handelt, strenggenommen gar keine Berücksichtigung finden dürfte. Vergl. Wernher l. l. P. III. Obs. 112. Kori Summ. Pr. §. 119. p. 222. u. oben §. 62. not. 18. Volkmann System §. 207. Der in der const. 3. Cod. de fruct. et lit. expensis VII, 51. ausgesprochene allgemeine Grundsatz steht dem nicht entgegen. A. M. ist Biener Syst. §. 268. Vergl. auch Pfotenhauer l. l. §. 24. p. 79. not. 3.

[12] Ist der Betrag dieser Schäden gering, so wird eidliche Bestärkung derselben zugelassen. Pfotenhauer l. l. not. 3. Volkmann System §. 207.

[13] Vergl. oben §. 62. not. 18.

[14] Dann nehmen die zu erstattenden Früchte allerdings den Charakter von Schäden an. Biener l. l. §. 268.

[15] Hommel Rhaps. Obs. 884. Vergl. jedoch oben §. 63 bei not. 15. Auch wird compensirt, wenn beide Theile im Mitbesitze geschützt werden. Pfotenhauer l. l. §. 24. p. 81.

[16] Schon nach gemeinem Rechte ist dieser Proceß auf den Grund von §. 7. J. de interd. IV, 15. Fr. 2. pr. Dig. eodem XLIII, 1. Fr. 3. §. 1. Dig. uti possid. XLIII, 17. Fr. 37. §. 1. Dig. de obl. et act. XLIV, 7. als judicium duplex anzusehen, und kann daher der Beklagte im Besitze geschützt, also der Kläger verurtheilt werden. Claproth Summ. Pr. §. 44. v. Savigny Besitz §. 37. p. 481 fg. Mackeldey Lehrbuch §. 233 am Ende. Albert interdictum uti possidetis p. 110 fg. v. Linde Lehrbuch §. 344. v. Bayer Summ. Pr. §. 67. not. 8. Heerwart in der Zeitschrift für Civilr. und Proceß XII, 6. §. 10. p. 168. In Sachsen ist dieß zwar nicht ganz unbestritten, allein der Ansicht, daß der Besitzproceß judicium duplex sei, wie Volkmann System §. 207. not. f. am Ende richtig bemerkt, auf den Grund von §. 20. des Anhangs der Erl. Pr.=O. ebenfalls der Vorzug zu geben. Vergl. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 19. p. 98 fg., welcher die Anwendung dieser römisch-rechtlichen Bestimmung auf die justizpolizeilichen Verfügungen über den Besitzstand außerhalb des Besitzprocesses beschränkt. Kori l. l. §. 119. p. 223. erkennt die duplicitas des summarischen Besitzprocesses dann an, wenn der Besitzklage das

liegenden Theile[17] wird im Erkenntnisse die ordentliche Besitzklage und die petitorische Klage ausdrücklich vorbehalten[18]. Ist dieß nicht geschehen, so kann der Unterliegende von diesen Rechtsmitteln nichtsdestoweniger Gebrauch machen[19]. Von der Leistung eines Notheides darf das Erkenntniß nicht abhängig gemacht werden, weil überhaupt nicht juristische Gewißheit, sondern nur juristische Wahrscheinlichkeit erfordert wird[20]. Das Erkenntniß wird den Parteien in einem zu diesem Zwecke anberaumten Publicationstermine in der gewöhnlichen Weise eröffnet. Zu Anstellung der ordentlichen Besitzklage oder der petitorischen Klage darf der verurtheilte Beklagte nicht eher verschreiten, als bis er den Kläger hinsichtlich des summarischen Besitzprocesses vollständig befriedigt hat[21]. Von den im Erkenntnisse unbestimmt gelassenen Leistungen gilt dieß jedoch nicht[22]. Verliert der Kläger, nachdem er im summarischen Besitzprocesse geschützt worden ist, als Beklagter im ordentlichen Besitzprocesse oder im petitorischen Processe, so soll er, wenn er sonst nichts weiter für sich hat, für einen Besitzer bösen Glaubens angesehen werden und alle fructus perceptos und percipiendos, auch die durch das Possessorium summarium sowohl, als andere verursachte Schäden und Unkosten zu erstatten schuldig sein, auch dieß im Erkenntnisse ausgesprochen werden[23]. Dieß darf jedoch nicht als nachträgliche

---

Verhältniß des interdictum uti possidetis oder utrubi zum Grunde liegt. S. noch cap. 2. X. de ord. cognit. II, 10. Schweppe das römische Privatrecht, Göttingen 1831. §. 558.

[17] Mag dieß der Kläger oder der Beklagte sein. Im Fall der Abweisung in angebrachter Maaße wird dieser Vorbehalt im Erkenntnisse nicht aufgenommen.

[18] S. oben §. 61 bei not. 4.

[19] Berger El. Proc. Poss. §. 38. Biener l. l. §. 268 u. oben §. 61 bei not. 5.

[20] Biener l. l. Höpfner l. l. §. 28. p. 153. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. IX. p. 336. A. M. sind Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 7. Kori l. l. §. 119. p. 221.

[21] Hommel Rhaps. Obs. 884. Kind Quaest. For. III, 39. Biener l. l. §. 269. Ueber die exceptio nondum finiti possessorii s. Hommel l. l.

[22] Vergl. oben §. 59 bei not. 12 u. 13.

[23] Erl. Pr.-O. Anhang §. 20. Berger Oec. Jur. IV, 30. Th. 5. not. 4. Leyser Med. ad Pand. Sp. 499. med. 10 u. 11. Pfotenhauer l. l. §. 27. p. 90. Biener l. l. §. 268. not. 5. §. 269 am Ende. Ueber die Bedeutung der Worte: „wenn er sonst nichts für sich hat," s. Biener l. l. Höpfner l. l. §. 28. p. 160. Ueber Berechnung der Früchte s. Decis. Elect. 2. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg.

Verurtheilung im summarischen Besitzprocesse, sondern nur als Wiederaufhebung der Wirkungen dieses Processes angesehen werden[24].

§. 66.

Von den Rechtsmitteln im summarischen Besitzprocesse.

Gegen Erkenntnisse der ersten Instanz über den jüngsten Besitz findet überhaupt nur ein ordentliches Rechtsmittel, die Appellation Statt. Bei dem, was darauf entschieden wird, hat es sein Verbleiben[1]. War daher der Besitzstreit in erster Instanz bei einem Untergerichte anhängig, so müssen sich die Parteien bei dem in zweiter Instanz vom Bezirks-Appellationsgerichte gefällten Erkenntnisse beruhigen. War dagegen ein Bezirks-Appellationsgericht die erste Instanz, so wird gegen das Erkenntniß desselben sofort und ohne vorhergegangene Leuterung an das Ober-Appellationsgericht appellirt[2]. Ausnahmsweise kann jedoch auch im summarischen Besitzprocesse gegen das Erkenntniß der zweiten Instanz nochmals appellirt werden, wenn in erster oder zweiter Instanz, oder in beiden, über den jüngsten Besitz gar nicht entschieden worden ist[3]. Demnach kann in solchem Falle gegen das

---

[24] Höpfner l. l. §. 28. p. 158 fg. u. §. 24. p. 125.

[1] B. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 19. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 32 u. 45. Von etwaigen Interlocuten gilt dieß nicht. Gegen diese kann also zweimal appellirt werden. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 28. p. 154, vergl. mit Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 9. Das B. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 33. steht dem nicht im Wege, wie Volkmann System §. 208. not. e. behauptet. Denn nach §. 19. dieses Gesetzes findet die Beschränkung der Rechtsmittel nur dann Statt, wenn im Erkenntnisse über den jüngsten Besitz wirklich entschieden wurde, was bei den ausnahmsweise gefällten Interlocuten nicht der Fall ist.

[2] B. Gesetz §. 15 u. 19. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 329 bei not. 35.

[3] Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 9. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 33 und diese Note selbst. Namentlich gilt dieß von dem Falle, wenn die Klage in erster und zweiter Instanz, oder in beiden, allhier oder in angebrachter Maaße abgewiesen worden ist. Roux in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 1. p. 18 sub 18. Ackermann Rechtssätze N. F. I, 37. p. 62 fg. V, 710. p. 200, wo zugleich mitgetheilt wird, daß das Appell.-Gericht zu Dresden in solchem Falle bei den in erster Instanz bei einem Bezirks-App.-Gerichte anhängigen Rechtssachen eine Leuterung für zulässig erachtet habe, was sich schwerlich rechtfertigen lassen wird. Nach dem gedachten Grundsatze wird auch gegen interlocutorische Entscheidungen, wo solche im summarischen Besitzprocesse vorkommen, — siehe oben §. 65. not. 1. — zweimal remedirt werden dürfen. Roux l. l. Ist schlechterdings abgewiesen, so liegt darin eine Entscheidung über den jüngsten Besitz. Roux l. l.

in zweiter Instanz gefällte Erkenntniß des Bezirks-Appellationsgerichts oder nach Befinden des Ober-Appellationsgerichts an das Ober-Appellationsgericht appellirt werden[4], es müßte denn der Proceßgegenstand geringfügig oder ganz gering sein, wo sich dann die Parteien bei dem Erkenntnisse der zweiten Instanz unbedingt zu beruhigen haben[5]. Zur Justification dürfen die Appellationen in summarischen Besitzsachen niemals angenommen werden[6]. Demnach ist das Rechtsmittel der Leuterung in dieser Proceßart ganz ausgeschlossen[7]. Von der Appellation gegen das Verfahren gelten die nämlichen Grundsätze. Die Parteien haben sich daher bei dem auf die erste Appellation in zweiter Instanz Erkannten in allen Fällen zu beruhigen[8]. Gegen Manutenenzdecrete des Richters, gegen Bestellung eines Sequesters oder gegen andere derartige für die Dauer des Besitzprocesses getroffene provisorische Maßregeln kann zweimal appellirt werden, so lange auf die summarische Possessorienklage noch nicht ausgefertigt worden ist[9]. Indeß haben solche Appellationen keine Suspensivkraft[10].

In Betreff der außerordentlichen Rechtsmittel weicht der summarische Besitzproceß von dem ordentlichen Processe nicht ab[11]. Indeß wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in

---

[4] Vergl. das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 83. p. 243 mitgetheilte Erkenntniß des Ober-App.-Gerichts vergl. mit 1841. I, 20. p. 87, wo ausgesprochen wird, daß in dem Falle, wenn das erste Erkenntniß die summarische Besitzklage für verjährt erklärt hat, gegen das reformatorische Erkenntniß der zweiten Instanz eine zweite Appellation nicht zulässig sei, da in solchem Falle im Erkenntnisse der Unterinstanz über den jüngsten Besitz wirklich erkannt sei.

[5] B. Gesetz §. 19. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 35.

[6] B. Gesetz §. 22 am Ende. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 334 bei not. 6 u. §. 329 bei not. 47.

[7] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 45.

[8] Dieß folgt aus B. Gesetz §. 33, wo auf §. 19 verwiesen wird, während im Gesetz v. 13. Januar 1838 die Appellation gegen das Verfahren ganz unerwähnt geblieben ist. Nicht entgegensteht das bei not. 9 Gesagte.

[9] So hat das Ober-Appell.-Gericht 1842 an die Gerichte zu Altenberg verordnet und dabei darauf aufmerksam gemacht, daß Dispositionen, welche die Rechtsmittel beschränken, stricte zu interpretiren seien.

[10] Vergl. const. un. Cod. Si de mom. poss. fuerit appell. VII, 69. v. Linde Lehrbuch §. 344. Albert das interd. uti possidetis §. 139 fg. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. IX. p. 337. Käuffer Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren, Zwickau 1839. p. 42.

[11] Höpfner l. l. p. 154 fg.

dieser Proceßart nicht ertheilt, da dieselbe nur subsidiarisch, also nur dann gestattet ist, wenn die verletzte Partei auf anderem Wege Abhülfe ihrer Beschwerde nicht erlangen kann. Vielmehr hat in solchem Falle die verletzte Partei ihre Zuflucht zur ordentlichen Besitzklage oder zur petitorischen Klage zu nehmen[12].

§. 67.

Von der Hülfsvollstreckung im summarischen Besitzprocesse.

Die Hülfsvollstreckung im summarischen Besitzprocesse erstreckt sich zunächst auf die Leistungen, zu welchen der Beklagte rechtskräftig verurtheilt worden ist. Dahin gehören namentlich die Wiederherstellung des vorigen Zustands der Sache, um deren Besitz es sich handelt, die Herausgabe derselben und der Ersatz der im Erkenntnisse speciell ausgeworfenen Schäden, sowie der Proceßkosten[1]. Ist der Beklagte nur zum Ersatz der „erweislichen" Schäden verurtheilt, so muß der Hülfsvollstreckung wegen derselben summarische Erörterung und Bescheinigung dieser Schäden vorausgehen[2]. Der Passus des Erkenntnisses, in welchem der Beklagte zu Unterlassung aller Störungen im Besitze verurtheilt worden ist, kann nicht eher mittelst Vollstreckung der Hülfe realisirt werden, als bis der Beklagte einer abermaligen Störung des Besitzes sich schuldig gemacht hat, in welchem Falle, nach vorgängiger summarischer Erörterung der Uebertretung des Verbots, die im Erkenntnisse angedrohte Geldstrafe, oder im Fall dort die Höhe derselben nicht ausgesprochen ist, eine Geldstrafe von 5 Thlrn. beigetrieben wird[3]. Die Modalität der Hülfsvollstreckung ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen[4].

---

[12] Vergl. das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 316 mitgetheilte Erkenntniß des Leipziger Appell.-Gerichts.

[1] Vergl. oben §. 65.

[2] Vergl. oben §. 62. not. 18 u. §. 65 bei not. 13 u. not. 12 daselbst.

[3] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 371. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1849. IX, 73. p. 246 fg.

[4] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 353 fg.

Zehntes Capitel.

Vom Verfahren im ordentlichen Besitzprocesse.

§. 68.

Im ordentlichen Besitzprocesse wird nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes verfahren [1] und ist daher derselbe hier nur wegen seines Zusammenhangs mit den übrigen Besitzrechtsmitteln zu erwähnen. Von der Begründung der ordentlichen Besitzklage nach Sächsischem Rechte ist bereits oben ausführlicher die Rede gewesen [2]. Bezieht sich der Kläger, um seinen Besitz zu coloriren, auf die Jura in petitorio, so muß er, wenn er die stillschweigende Cumulation des Petitorium mit dem Ordinarium vermeiden will, dieß ausdrücklich erklären [3]. Die Bitte des Klägers geht auf Verurtheilung des Beklagten zu Wiedereinräumung des Besitzes oder Quasibesitzes, bis Beklagter in Petitorio ein Mehreres ausgeführt haben werde, sowie zu Unterlassung aller ferneren Störungen des Besitzes unter Androhung einer Geldstrafe, beziehendlich zu Wiederherstellung des etwa veränderten Zustands der Sache, um deren Besitz es sich handelt, und endlich zu Erstattung der durch die Besitzentsetzung verursachten erweislichen Schäden und der Proceßkosten [4]. Eidesantrag über den factischen Grund der Klage ist gestattet [5]. Will sich der Kläger dieses Beweismittels nicht bedienen, so ist anticipirter Beweis der in der Klagschrift aufgestellten thatsächlichen Behauptungen weder nothwendig, noch zuläßig. Von der ausdrücklichen und stillschweigenden Cumulation der petitorischen Klage mit der ordentlichen Besitzklage ist oben die Rede gewesen [6]. Uebrigens kann

---

[1] S. oben §. 52 u. 54. Kori Summ. Pr. §. 133. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 28. p. 155 fg. Ueber das gemeine Recht s. noch Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Proceß ꝛc. IV. §. IX. p. 324 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 68. p. 169 fg. v. Savigny Besitz §. 51. p. 645 fg. u. oben §. 51. not. 8.

[2] S. oben §. 54.

[3] Decis. Elect. 13. v. 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. u. oben §. 60 bei not. 8. In geringfügigen Besitzsachen nützt dieser Vorbehalt nichts. S. oben §. 60 bei not. 9.

[4] Vergl. oben §. 62 nach not. 16. Kori l. l. u. Heerwart in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XII, 6. §. 30. p. 206 fg. Das Proceßgesuch ist das Gewöhnliche.

[5] Höpfner l. l. §. 28. p. 155.

[6] S. oben §. 60.

diese Besitzklage auch auf den Besitz ganzer Fiscalgüter und zufälliger Hoheitsrechte dem Fiscus gegenüber angestellt werden[7]. Von der Ladung zum Verhörstermine, diesem Termine selbst, der Einlassung des Beklagten und dem Verfahren gelten die allgemeinen Grundsätze. In Vorschützung dilatorischer Einreden ist der Beklagte nicht beschränkt. Peremtorische Ausflüchte sind dagegen nur insoweit zulässig, als sie sich auf den Besitz beziehen[8]. Namentlich ist die Ausflucht des Beklagten, daß der Besitz des Klägers dem Beklagten gegenüber fehlerhaft sei, und die Ausflucht des Spolium in dieser Proceßart ebenso zulässig, wie im summarischen Besitzprocesse[9]. Auch kann der Beklagte seine Vertheidigung darauf richten, daß sein Besitz älter[10] oder doch eben so alt sei, als der des Klägers, daß der Kläger im bösen Glauben, Beklagter aber bona fide besitze, oder daß der Besitz des Beklagten titulirt sei[11]. Indeß ist die Behauptung des Beklagten, daß sein Besitz besser sei, als der des Klägers, und daß derselbe auf einem Rechtstitel beruhe, nur als Colorirung des Besitzes zu berücksichtigen. Sind im Laufe des ersten Verfahrens noch Punkte streitig geblieben, und ist der Beweis dieser Punkte nach den im ordentlichen Processe geltenden Grundsätzen nicht anticipirt worden, so wird auf den Beweis interloquirt, und das Beweis- und Gegenbeweisverfahren in gewöhnlicher Weise abgesetzt[12]. Dabei versteht es sich von selbst, daß die Bezugnahme auf die im vorausgegangenen summarischen Besitzprocesse herbeigeschafften Beweisgründe keineswegs genügt[13]. Deßhalb haben auch die im summarischen Besitzprocesse gethanen Zeugenaussagen

---

7 Mandat v. 7. August 1770. C. C. A. I. p. 1341 vergl. mit Generale v. 2. Januar 1813. C. III. C. A. I. p. 268. Vergl. oben §. 55 bei not. 16 und 17.

8 Vergl. Decis. Elect. 13. laud.

9 Hier muß sogar auf Beweis dieser Ausflucht erkannt werden, falls es desselben noch bedarf, es müßte sich denn um einen geringfügigen Gegenstand handeln.

10 Liegt der ältere Besitz, den der Beklagte in Form einer Einrede geltend macht, weiter als 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage zurück, so kann diese Einrede nicht berücksichtigt werden, weil die ordentliche Besitzklage in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen durch Verjährung erlischt. Vergl. das in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung N. F. IV. p. 544 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts u. oben §. 54 am Ende.

11 Vergl. oben §. 54 bei not. 6 fg. Mittermaier l. l. p. 327.

12 Höpfner l. l. §. 28. p. 155 fg.

13 Dieß schon deßhalb, weil dort vollständige juristische Gewißheit nicht erfordert wird. S. oben §. 64 bei not. 19 fg.

keine Beweiskraft[14]. Indeß können sich die Parteien hier der nämlichen Beweismittel bedienen, deren sie sich bereits im summarischen Besitzprocesse bedient hatten. Doch müssen dieselben von Neuem inducirt und producirt werden[15]. Die Beweismittel werden gemeinschaftlich. Daher sind auch Fragstücke zuläßig[16]. Auch ist der Eidesantrag unter den im ordentlichen Processe geltenden Beschränkungen gestattet[17]. Das Enderkenntniß wird in gleicher Weise abgefaßt, wie die Endentscheidung im summarischen Besitzprocesse[18]. Nur werden die Wirkungen des vorausgegangenen Summarium nach Befinden in demselben wieder aufgehoben[19]. Auch wird dem unterliegenden Theile das Petitorium ausdrücklich vorbehalten[20]. Dieses Enderkenntniß kann übrigens von einem Notheide abhängig gemacht werden[21]. In Betreff der Rechtsmittel[22] und der Hülfsvollstreckung gelten die allgemeinen Grundsätze. Nur wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als subsidiarisches Rechtsmittel, wie im summarischen Besitzprocesse, so auch hier aus dem Grunde verweigert, weil dem Verletzten zu Abhülfe seiner Beschwerde das Petitorium noch offen steht[23]. Auf das Petitorium braucht sich der Sieger im Ordinarium nicht eher einzulassen, als bis der unterliegende Theil dem rechtskräftigen Inhalte des Enderkenntnisses im ordentlichen Besitzprocesse vollständig Genüge geleistet hat[24]. Nennung des Urhebers und Intervention sind im ordentlichen Besitzprocesse zuläßig. Indeß wird der Intervenient nur dann gehört, wenn er

---

[14] Kori l. l. §. 133. Dasselbe gilt vom Petitorium, in welchem durch die Zeugenaussagen im vorausgegangenen Possessorium nichts bewiesen wird. Wernher Obs. For. P. II. Obs. 397.

[15] Höpfner l. l. §. 28. p. 155.

[16] Höpfner l. l.

[17] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 258 u. 262.

[18] S. oben §. 65.

[19] S. oben §. 65 bei not. 24. Als provisorische Verfügung ist das Erkenntniß im ordentlichen Besitzprocesse nicht zu betrachten. v. Linde Lehrbuch §. 343 am Ende. Mittermaier l. l. p. 329 u. oben §. 51 bei not. 7.

[20] S. oben §. 61 bei not. 4.

[21] Höpfner l. l. §. 28. p. 157.

[22] Ueber das gemeine Recht s. v. Gönner Handbuch IV, 81. §. 17. p. 446. v. Bayer l. l. §. 69. p. 173. Mittermaier l. l. p. 331. Albert das interdictum uti possidetis §. 139 fg. vergl. mit const. un. Cod. Si de mom. possess. fuerit appell. VII, 69.

[23] Vergl. das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 316 mitgetheilte Erkenntniß des Appell.-Gerichts zu Leipzig und oben §. 66 am Ende.

[24] Vergl. oben §. 59 bei not. 12 u. 13. §. 65 bei not. 21.

sich auf älteren, fehlerfreien oder nach Befinden besseren Besitz bezieht. Streitankündigung ist ebenfalls gestattet, aber in keinem Falle nothwendig[25].

Eilftes Capitel.

Vom Verfahren im Spolienprocesse.

§. 69.

Ueber die Spolienklage wird ebenfalls in Form des ordentlichen Processes verfahren[1]. Indeß enthalten die Gesetze hinsichtlich der Form des Spolienprocesses einige eigenthümliche Bestimmungen, von denen hier die Rede sein muß. Von der Begründung der Spolienklage und der Cumulation derselben mit der ordentlichen Besitzklage oder der petitorischen Klage ist bereits oben das Nöthige gesagt worden[2]. Namentlich bedarf es in der Klage lediglich der Anführung der vom Kläger vor der Entsetzung ausgeübten Detention oder Quasidetention[3] und einer von Seiten des Beklagten oder eines Dritten verübten Entsetzung aus dieser Detention oder Quasidetention, welche den Charakter eines Spolium trägt. Des Anführens, daß der Beklagte die spoliirte Sache besitze, bedarf es nicht wesentlich[4]. Die Bitte

---

[25] Dieß erhellt aus Erl. Pr.-O. XIV, 1. Vergl. oben §. 63. not. 31. A. M. sind Leyser Med. ad Pand. Sp. 240. med. 8 und Hommel Rhaps. Obs. 191, aus dem Grunde, weil dem verlierenden Theile das Petitorium noch offen stehe. Allein der ordentliche Besitzproceß wird zum Zwecke der definitiven Regulirung des Besitzstands angestellt — vergl. oben §. 52 u. 54. — u. ist keinesweges provisorischer Natur. Siehe oben §. 51 bei not. 7.

[1] Const. Elect. 6. P. I. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Alte Pr.-O. XI, 5. Erl. Pr.-O. XI, 3. Kori Summ. Pr. §. 134 fg. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 28. p. 155 fg. u. oben §. 50. Ueber das gemeine Recht s. v. Savigny Besitz §. 60. p. 619 fg. v. Linde Lehrbuch §. 345. v. Bayer Summ. Pr. §. 64. p. 152 fg. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. IX. p. 337 fg. Ist der Gegenstand geringfügig, so findet das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen Anwendung. Haubold geringfügige Rechtssachen §. 22.

[2] S. oben §. 56 fg. u. §. 60.

[3] Zu dieser Letzteren genügt die Bezugnahme auf eine einzige Besitzhandlung. Einjährige Dauer des Quasibesitzes wird nicht erfordert. Siehe oben §. 57 bei not. 11. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1847. VII, 127. p. 398 fg.

[4] Vergl. oben §. 57 bei not. 6. 7 u. 8 u. Wernher Obs. For. P. VI. Obs. 379.

des Klägers geht auf Wiedereinsetzung desselben in den Besitz oder Quasibesitz, Schutz vor künftigen Störungen und Verurtheilung des Beklagten zum Ersatz der durch die Spoliirung erwachsenen Schäden, sowie der Proceßkosten[5]. Auch wird nach Befinden um Verurtheilung des Beklagten zu Herstellung des vorigen Zustands der Sache gebeten. Der Eidesantrag über die Klage ist zulässig[6]. Nach dem allgemeinen Grundsatze, daß im Spolienprocesse weder auf die Fehlerhaftigkeit, noch auf das Alter oder die Rechtmäßigkeit des Besitzes Rücksicht genommen wird[7], und daß die spoliirte Sache dem Spoliirten vor Allem zurückgegeben werden muß — spoliatus ante omnia est restituendus[8] — hindern die ad petitorium gehörigen Ausflüchte, namentlich die Ausflucht, daß der Beklagte Eigenthümer der spoliirten Sache sei, die Verurtheilung desselben zur Zurückgabe nicht[9]. Desgleichen ist die Ausflucht der Compensation oder des Retentionsrechts keineswegs geeignet, eine Lossprechung des Beklagten zu rechtfertigen[10]. Dagegen sind die Ausflucht der Verjährung des Spolium[11], sowie daß der Kläger dieselbe Sache vorher dem Be-

[5] Kori l. l. §. 134 u. oben §. 57 bei not. 12.

[6] Erl. Pr.-O. XI, 3. Berger El. Proc. Poss. §. 31. Wernher l. l. P. IX. Obs. 35. Hommel Rhaps. Obs. 57. Kori l. l. §. 135. Höpfner l. l. §. 28. p. 155. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237 bei not. 4. A. M. ist Griebner Discurs zu Erl. Pr.-O. XI, 3. s. v. „Eidesdelation" in Betreff des Eidesantrages über den Besitz. Siehe jedoch die im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1846. VI, 82. p. 252 mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts, wo ausdrücklich bemerkt wird, daß kein rechtlicher Grund obwalte, demzufolge das in §. 19 des Anhanges der Erl. Proceß-Ordnung hinsichtlich des possessorii summarii enthaltene Verbot des Eidesantrags über den Besitz als auf die Spolienklage anwendbar erscheinen möchte. Vergl. auch Overbeck Meditationen VIII. p. 86 fg. Der Kosten halber muß der Kläger caviren. Berger Oec. Jur. IV, 19. Th. 2. Leyser Med. ad Pand. Sp. 34. med. 6. Ackermann in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 10. p. 237.

[7] S. oben §. 57.

[8] S. oben §. 59. not. 16. u unten not. 23. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 29 u. §. 237. not. 8.

[9] Cap. 1. 2. 3. 5 u. 7. X. de restit. spoliat. II, 13. Leyser Med. ad Pand. Sp. 504. med. 10. Hommel Rhaps. Obs. 780. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 388. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 128. p. 399 fg. Vergl. Geiger in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Pr. XIII, 10. §. 20. p. 284, welcher die Einrede des fehlerhaften Besitzes fälschlich zuläßt.

[10] Vergl. cap. 5. X. de restit. spoliat. II, 13. Cap. 2. X. de ord. cognit. II, 10. mit const. 14. Cod. de comp. IV, 31. Hommel l. l. Obs. 780. Kori l. l. §. 135. Curtius Handbuch §. 492. v. Hartitzsch l. l. No. 385. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 29 und §. 237. not. 8.

[11] Cap. 5. X. de rest. spol. II, 13. Cap. 2. X. de ord. cognit. II, 10.

klagten spoliirt und Beklagter dieselbe nur zurückgenommen habe[12], allerdings zulässig. Ist mit der Spolienklage die ordentliche Besitzklage oder die petitorische Klage cumulirt, so werden auch andere Ausflüchte zugelassen[13]. Die Ladung zum Verhörstermine, die Verhandlung in diesem Termine und das Verfahren zum ersten Erkenntnisse sind nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes zu beurtheilen. Im ersten Erkenntnisse wird nach Befinden auf Beweis und Gegenbeweis erkannt[14]. Die Beweis- und Gegenbeweisfrist enthalten nur funfzehn Tage[15]. Beide werden nach den im ordentlichen Processe geltenden Grundsätzen berechnet[16], auch ebenso, wie in diesem, Dilationen ertheilt, welche ebenfalls funfzehn Tage enthalten[17]. Eidesantrag ist nach den im ordentlichen Processe geltenden Normen gestattet[18]. Auch wird

---

Duncker in der Zeitschrift f. d. deutsche Recht II. p. 109 fg. Geiger in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß XIII, 10. p. 285 u. 287. Mittermaier l. l. p. 340. Berger El. Disc. For. p. 1784. Kori l. l. §. 135. Ueber die Dauer dieser Verjährungsfrist s. oben §. 57 am Ende u. §. 58. not. 6.

[12] Cap. 2. X. de ordine cognit. II, 10. Geiger l. l. Mittermaier l. l. A. M. ist ohne Grund Wernher l. l. P. X. Obs. 357. Die Einrede, daß der Kläger die Sache durch das an einem Dritten begangene Spolium erlangt habe, ist unzulässig, Cap. 5. X. de restit. spol. II, 13. Geiger l. l. §. 20. p. 285.

[13] Cap. 2. X. de caus. poss. et propr. II, 12. Kori l. l. §. 135.

[14] Kori l. l. §. 134. Höpfner l. l. §. 28. p. 155.

[15] Cap. 1. X. de restit. spoliat. in VIto II, 5. Const. Elect. 6. P. I. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Alte Pr.-O. XI, 5. Erl. Pr.-O. XI, 3. Kori l. l. §. 134. Höpfner l. l. §. 28. p. 156. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237. Mein Lehrbuch §. 140. Die Gesetze verfügen dieß eigentlich nur von der Ausflucht des Spolium. Vergl. auch Wernher l. l. P. I. Obs. 350.

[16] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237 u. §. 249. Die Beweisfrist läuft von der Rechtskraft des Beweisinterlocuts an. Curtius Handbuch §. 492. Volkmann System §. 99. not. d. Nach der Alten Pr.-O. XI, 5. u. der Erl. Pr.-O. XI, 3. soll der Gegenbeweis mit dem Beweise gleichzeitig geführt werden. Nach der Praxis beginnt aber die Gegenbeweisfrist, wie in anderen Fällen, erst mit der Behändigung der Beweisartikel. Carpzov Jur. For. I, 6. def. 2. Berger El. Disc. For. p. 368. Griebner Discurs zu Erl. Pr.-O. XI, 3. s. v. „Gegenbeweis." Biener Syst. §. 71. Kori l. l. §. 134. p. 246 u. §. 135. p. 248. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfragen No. 387. Volkmann l. l. §. 99. Höpfner l. l. §. 28. p. 157.

[17] Biener l. l. §. 71. Kori l. l. §. 135. p. 248. Höpfner l. l. p. 156. Mit Unrecht bezweifeln dieß Curtius l. l. not. b. Volkmann l. l. Die Frage, wie oft und unter welchen Voraussetzungen Dilation ertheilt werden könne, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 250.

[18] Erl. Pr.-O. XI, 3, wo dieß in Betreff der exceptio spolii bestimmt wird. Wernher l. l. P. IX. Obs. 35. Höpfner l. l. §. 28. p. 155 u. oben bei not. 6.

zwar die Einreichung von Fragstücken[19], nicht aber die Absetzung eines Hauptverfahrens zugelassen[20]. Das verurtheilende Enderkenntniß lautet auf Restitution der spoliirten Sache nebst Früchten und Accessionen, auf Wiederherstellung des vorigen Zustands, wenn solcher nach der Spoliirung verändert worden war, auf Ersatz der durch die Spoliirung erwachsenen Schäden und auf Unterlassung aller künftigen Störungen bei Geldstrafe, sowie auf Erstattung der Proceßkosten[21]. Dasselbe kann von einem Legaleide abhängig gemacht werden[22]. In Betreff der Rechtsmittel und der Hülfsvollstreckung gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes. Sobald der Kläger ein rechtskräftiges verurtheilendes Erkenntniß erlangt hat, braucht er sich vor der Leistung dessen, wozu der Beklagte verurtheilt worden ist, auf keine Klage, welche der Letztere gegen ihn anstellt, mehr einzulassen, oder sonst den Proceß mit demselben fortzusetzen[23]. Ueberhaupt sind die Spoliensachen als befreite Sachen[24] nach eigenthümlichen Grundsätzen zu beurtheilen, von denen hier nicht ausführlicher die Rede sein kann. Die ausfluchtweise Geltendmachung des remedium spolii gehört in die Darstellung des ordentlichen Processes[25].

---

[19] Denn die Beweismittel werden hier gemeinschaftlich. Alte Pr.=O. XI, 5. Wernher l. l. P. I. Obs. 350. Kori l. l. §. 134. p. 246. Höpfner l. l. §. 28. p. 155. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237 u. 292.

[20] Kori l. l. §. 134. p. 246.

[21] S. oben bei not. 5.

[22] Höpfner l. l. §. 28. p. 157.

[23] Erl. Pr.=O. XI, 3. Vergl. über den Grundsatz: „Spoliatus ante omnia est restituendus" oben bei not. 8 u. §. 59. not. 16. Auch kann der Kläger nach erfolgter Verurtheilung des Beklagten im Spolienprocesse die Ausflucht des Spolium in anderen Processen als Beklagter geltend machen und die Fortsetzung dieser Processe so lange verweigern, bis er in Folge des Spolienprocesses vollständig befriedigt worden ist. Diese Ausflucht ist dann natürlich eine proceßhindernde. Dieselbe kann sogar wegen eines und desselben Spolium in mehreren Processen gleichzeitig geltend gemacht werden. Cap. 2 u. 4. X. de ord. cogn. II, 10. Erl. Pr.=O. l. l. Wernher l. l. P. IV. Obs. 25. Berger El. Disc. For. p. 361. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237 bei not. 10. A. M. ist ohne Grund Leyser Med. ad Pand. Sp. 506. med. 3.

[24] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 29. Mein Lehrbuch §. 14.

[25] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 237.

Dritte Abtheilung.

Vom summarischen Processe wegen Geringfügigkeit des Proceßgegenstands.

Zwölftes Capitel.

Von den geringfügigen Rechtssachen im Allgemeinen.

§. 70.

Nothwendigkeit summarischer Behandlung geringfügiger Rechtssachen.

Die Formen, welche nach Bestimmung der Gesetze bei der Verhandlung der Streitsachen in der Regel zu beobachten sind, und von welchen die Theorie des ordentlichen Processes handelt, müssen zur Wiederherstellung des gestörten Rechtszustands in den meisten Fällen und auch dann geeignet sein, wenn der Gegenstand des Processes vom größten Werthe ist[1]. Wünschen die Parteien wegen außerordentlicher Wichtigkeit oder Schwierigkeit eines Rechtsstreits eine Vermehrung dieser von den Gesetzen vorgeschriebenen Formen im concreten Falle, so bleibt die Hinzufügung solcher neuer Formen der auch dann noch von der richterlichen Genehmigung abhängigen[2] Vereinigung der Parteien überlassen[3]. Auf der anderen Seite sind zwar die nach Bestimmung der Gesetze in der Regel erforderlichen Förmlichkeiten zu Wiederherstellung des Rechtszustands in dem Falle, wenn der Proceßgegenstand von ganz unbedeutendem Werthe ist, an sich ebenfalls geeignet; vom rein practischen Gesichtspunkte aus betrachtet, findet aber dann häufig zwischen dem Aufwande an Kosten, Mühe und Zeit, welcher zu Realisirung der Rechtsidee erfordert, und dem Gegenstande, um welchen gestritten wird, ein solches Mißverhältniß Statt, daß die Anrufung der Staatshülfe eine Thor-

---

[1] Deßhalb giebt es auch in der Regel dem ordentlichen Processe gegenüber nur kürzere — summarische Proceßarten. Vergl. oben §. 1.

[2] Diese Genehmigung des Richters wird nach allgemeinen Grundsätzen deshalb erfordert, weil es im Interesse des Staats liegt, daß der Rechtszustand möglichst schnell wieder hergestellt werde. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 46 u. 92. u. oben §. 4.

[3] Namentlich gehören dahin die Compromisse auf Verlängerung der Fristen. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 92.

heit sein würde. Deßhalb müssen[4] Rechtssachen, in welchen ein solches Mißverhältniß eintreten würde, nothwendig in abgekürzter Form, also summarisch behandelt werden[5]. Diese Rechtssachen heißen im Gegensatze zu den größeren, wichtigeren Civilstreitigkeiten, den causis arduis, im Allgemeinen geringfügige Rechtssachen, causae minutae[6]. Weil es aber füglich nicht dem Richter überlassen bleiben kann, die Frage, auf weche Rechtssachen aus dem angegebenen Grunde summarisches Verfahren Anwendung leiden müsse, in jedem einzelnen Falle nach seinem Ermessen zu bestimmen[7], so muß die Abgrenzung der geringfügigen Rechtssachen von den größeren vom Gesetzgeber bestimmt sein[8]. Auch ist im Königreiche Sachsen, wie in den meisten deutschen Ländern, das summarische Verfahren in geringfügigen Rechtssachen durch Gesetze[9] ausdrücklich geregelt, und gehört

---

[4] Compromisse hiergegen sind sogar unzulässig. Vergl. unten §. 71 bei not. 31. §. 72 bei not. 25. u. §. 75 bei not. 8.

[5] Vergl. oben §. 1. Hierher gehören schon im ordentlichen Processe die Bestimmungen von der appellabeln Summe. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 330.

[6] Mencken Diss. de causarum minimarum indole, Lips. 1739 in Opuscul. IV. p. 115 sq. Ejusdem Diss. de processu causarum minutarum, Lips. 1743. in Opusc. V. p. 141 sq. De Schellwitz Comm. de causarum minimarum indole, Viteb. 1765. Schott Grundlinien des processualischen Verfahrens in geringfügigen Sachen nach den chursächsischen Gesetzen, herausgegeben von Hübner, Leipzig 1799. Junghanns Diss. de finibus regundis circa causas minutas in foris Saxonicis Electoralibus, Lips. 1805. Spicileg. I. dazu Lips. 1818. Haubold Anleitung zur Behandlung geringfügiger Rechtssachen nach dem Königlich Sächsischen Rechte. Ausg. II. besorgt von Haensel, Leipzig 1837. Zweiter Theil von Haensel, Leipzig 1844. Biener Syst. §. 236 fg. Kori Summ. Proc. §. 25 fg.

[7] Dieser würde die Frage, ob der Proceßgegenstand geringfügig sei, vorzüglich auch darnach zu bestimmen haben, in welchem Verhältnisse der Werth des Proceßgegenstands zu den Vermögensverhältnissen der Parteien stehe. Es bedarf keiner ausführlichen Darlegung, daß durch eine derartige Ausdehnung der richterlichen Befugnisse der Sicherheit des Rechtszustands mehr geschadet, als genützt würde. Hommel Rhaps. Obs. 408. Haubold l. l. §. 2.

[8] Das gemeine Recht weiß von einer solchen gesetzlichen Abgrenzung nichts und überläßt, wie schon im ordentlichen Processe, auch hier Alles dem richterlichen Ermessen. Novella 17. cap. 3. Novella 69. cap. 1. §. 1. Novella 82. cap. 9. Auth. „Nisi breves" Cod. de sent. ex periculo recitandis VII, 44. Vgl. hierüber v. Gönner Handbuch IV, 71. §. 5. p. 27. W. H. Puchta in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. VII, 10. §. 3 fg. p. 312 fg. Mittermaier im Archiv f. d. civ. Prax. VIII, 4. p. 116 fg. Derselbe d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. I. p. 58 fg. u. §. III. p. 86 fg.

[9] Erledigung der Landesgebrechen v. 23. April 1612. Tit. von Justizsachen §. 21. C. A. I. p. 167 fg. Alte Pr.-O. I, 2. Erl. Pr.-O. I, 6. Mandat v. 28. November 1753. C. C. A. I. p. 383 fg. Mandat v. 13. März 1821. §. 4. Mandat v. 10. Mai 1824. Mandat v. 21. Februar 1827. Ge-

daher der summarische Proceß wegen Geringfügigkeit des Proceßgegenstands zu den bestimmten summarischen Processen[10]. Diese Proceßart zerfällt nach positiven Bestimmungen des neuesten[11] Sächsischen Proceßrechts in zwei Unterarten, je nachdem die Abkürzungen des Verfahrens, welche für alle geringfügigen Rechtssachen eingeführt sind, ausreichend erscheinen, oder der Proceßgegenstand so geringfügig ist, daß eine noch kürzere Verfahrungsart für zweckdienlicher gehalten werden muß. Darnach unterscheidet man in Sachsen zwischen geringfügigen Rechtssachen im engeren Sinne, causae minutae, und ganz geringen Rechtssachen, Bagatellsachen[12], causae minimae s. minutissimae.

§. 71.

Maßstab der geringfügigen Rechtssachen im engeren Sinne. Abgrenzung derselben von den größeren Rechtssachen.

Geringfügig nennt man nach heutigem Sächsischen Rechte[1] diejenige Rechtssache, deren Gegenstand schätzbar[2] ist, und wenn derselbe in einer Geldforderung[3] oder in anderen beweglichen

---

setz v. 21. Septbr. 1833. §. 17. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 1 fg. u. 43 fg. Verordnung dazu v. 16. Mai 1839. Gesetz u. Verordnung v. 4. Novbr. 1840. Verordnung v. 1. Novbr. 1842 u. v. 6. August 1844.

[10] S. oben §. 6.

[11] Vergl. Gesetz v. 16. Mai 1839. Hänsel l. l. II. §. 1. p. 27 fg.

[12] Dieser Name ist zwar nicht gesetzlich eingeführt, vielmehr spricht das angez. Gesetz nur von „ganz geringen Civilstreitigkeiten" den geringfügigen Rechtssachen gegenüber. Indeß hat der Verfasser kein Bedenken getragen, bei der Darstellung des Verfahrens in ganz geringen Civilstreitigkeiten der Bezeichnung dieser Sachen als „Bagatellsachen" sich zu bedienen, da diese Bezeichnung nicht nur besser geeignet ist, Verwechselungen vorzubeugen, als die gesetzlich eingeführte Benennung, sondern auch in den meisten deutschen Ländern üblich, und in Sachsen von den Practikern bereits recipirt ist, übrigens aber das Verfahren in den ganz geringen Civilstreitigkeiten dadurch treffend charakterisirt wird.

[1] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 43. sub 1. vergl. mit Gesetz v. 20. Juli 1840 und Verordnung v. 28. November 1840. §. 6 u. 7. In der Ober-Lausitz war die Grenze schon früher auf 50 Thlr. Conv.-Münze festgesetzt. Ober-Amtspatent v. 14. April 1810. §. IV. Rescript v. 10. August 1826, während in den Erblanden nach Erl. Pr.-O. I, 6. Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 1. C. C. A. I. p. 383 fg. die Norm nur fünfzig Gülden, also 43 Thlr. 18 gGr. Conv.-Münze betrug.

[2] Vergl. unten bei not. 12 u. 15.

[3] Hätte der Kläger eine bestimmte Summe mit dem Zusatze „mehr oder weniger" gefordert, so kommt nur die bestimmte Summe in Anschlag. Haubold Anleitung §. 16. Kori Summ. Proc. §. 25. vergl. mit Erl. Pr.-O. V, 3.

oder unbeweglichen[4] körperlichen Sachen besteht[5], den Werth von funfzig Thalern Sächsisch Courant[6] nicht übersteigt. Betrifft der Proceß unkörperliche Sachen, als Servituten[7], dingliche Lasten[8], regelmäßig wiederkehrende[9], für immer fortdauernde[10] Leistungen oder andere Gerechtigkeiten[11], so wird derselbe dann in Form einer geringfügigen Rechtssache verhandelt, wenn dieselben in einen landüblichen Anschlag gebracht werden können[12],

---

4 Ueber die Werthsermittelung s. unten bei not. 12 u. diese Note selbst.

5 Gleichgültig ist, ob die Klage eine dingliche oder persönliche ist. Auch Besitzprocesse können geringfügig sein. Haubold l. l. §. 22.

6 S. oben not. 1.

7 Huthungsrechte sind unschätzbar. Das Gesetz v. 17. März 1832, wo ein modus der Abschätzung behufs der Ablösung eingeführt ist, steht als specielle Bestimmung diesem allgemeinen Grundsatze nicht entgegen. So hat das Ober-Appell.-Gericht 1838 u. mehrmals erkannt. Vergl. auch das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 213 mitgetheilte Präjudiz dieser Oberbehörde.

8 Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1850 X, 48. p. 209 fg.

9 Sind die Leistungen oder Nutzungen unregelmäßige, so ist die Rechtssache nach dem unten bei not. 13 angegebenen Grundsatze eine größere. Hänsel l. l. zu §. 18. II. p. 5.

10 Gottschalk in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung III, 2. §. 3. p. 25. Sind die regelmäßig wiederkehrenden Leistungen an eine gewisse Zeit gebunden und diese Zeit bestimmt, so werden dieselben zusammengerechnet und nach ihrem Gesammtbetrage die Frage entschieden, ob die Rechtssache geringfügig sei, oder nicht. Namentlich gilt dieß in Alimentationssachen, wo die Alimentationspflicht bis zum erfüllten 14. Lebensjahre dauert. Gottschalk l. l. Hänsel l. l. zu §. 18. II. p. 7. Haubold l. l. §. 29. Ist dagegen die Zeit, bis zu welcher die Leistungen fortdauern, unbestimmt, so muß die Rechtssache in Form des ordentlichen Processes verhandelt werden, es müßte denn eine gesetzlich anerkannte Wahrscheinlichkeitsberechnung anwendbar sein, wo dann die Frage nach dieser und nach der Höhe der zusammengerechneten Leistungen entschieden wird. Namentlich gilt dieß von den auf Lebenszeit zu gewährenden Leistungen, bei welchen fr. 68. Dig. ad legem Falcidiam XXXV, 2 zur Anwendung kommt. Haubold l. l. §. 18. p. 25. Gottschalk l. l. A. M. ist Hänsel l. l. p. 6. In Betreff des Auszugs wird dieß in der Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 2. October 1839. §. 39 ausdrücklich anerkannt.

11 Hier muß also der Proceß das Recht selbst, nicht etwa bloß einzelne rückständige Leistungen betreffen. Denn diese Letzteren kommen nur nach ihrem Gesammtbetrage in Betracht. Haubold l. l. §. 18. p. 25. Kori l. l. §. 25. Hänsel l. l. p. 5. Gottschalk l. l. p. 26. Ist dieser Gesammtbetrag ein geringfügiger, so ist die Rechtssache eine geringfügige, sobald der Beklagte das Recht des Klägers, die Leistungen zu fordern, zugesteht; im entgegengesetzten Falle aber causa major, wenn auch der Kläger die Anerkennung des Rechts nicht ausdrücklich forderte, sondern nur auf Bezahlung des Rückstands klagte. Vergl. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 11. p. 27. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts und unten §. 73. not. 18 am Ende.

12 Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 1. C. C. A. I. p. 383 fg. Gottschalk l. l. p. 21 fg. Namentlich gilt dieß von Erbzinsen, Auszugspräстationen rc. Junghanns Diss. laud. §. 5 fg. In der Regel sind also jura, servitutes, praestationes annuae, onera realia unschätzbar. Erl. Pr.-O. I, 6.

und die regelmäßigen für immer fortdauernden jährlichen[13] Nutzungen oder deren Schätzung den Betrag von Zwei Thalern nicht übersteigen[14]. Ist das Proceßobject unschätzbar, so leiden die Grundsätze des Verfahrens in geringfügigen Rechtssachen keine Anwendung[15]. Auch muß im Zweifel und wenn über den Werth des Proceßgegenstands keine Uebereinstimmung der Parteien[16] oder sonst keine Gewißheit vorhanden ist, in Form des ordentlichen Processes verfahren werden[17]. Bei der zu Entscheidung der Frage, ob eine Rechtssache geringfügig sei oder nicht, erforderlichen Berechnung, sind Zinsen und andere mit dem

---

Griebners Discurs dazu s. v. „onera realia". Gottschalk l. l. p. 21. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 136. p. 357. 1850. X, 21. p. 81 fg. und wegen der Fischereigerechtigkeit u. ähnlicher Rechte das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. V. p. 172. mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts. Die Abschätzung geschieht in Form summarischer Erörterung, gewöhnlich unter Zuziehung der Gerichtspersonen oder anderer Sachverständiger. Mencken Diss. laud. §. 17. Junghanns Diss. laud. §. 4. Biener l. l. §. 236. not. 5. Haubold l. l. §. 17. p. 23. Hänsel l. l. zu §. 17. II. p. 3 fg. Vergl. auch Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 5. Bei Klagen auf Erfüllung eines Pachtvertrags von Seiten des Pachters gegen den Verpachter giebt nicht der Pachtzins, sondern der Reinertrag der Pachtnutzungen den Maaßstab für die Frage ab, ob causa major oder minuta vorliege. So hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1846 erkannt.

[13] Kehren die Nutzungen in längeren als einjährigen Fristen, aber regelmäßig wieder, z. B. aller zwei, drei Jahre 2c., so muß der Betrag derselben auf jedes einzelne Jahr repartirt und darauf gesehen werden, ob das auf ein Jahr verhältnißmäßig ausfallende Quantum die Summe von zwei Thalern übersteigt. Gottschalk l. l. p. 25. Hänsel l. l. zu §. 18. II. p. 5. Kehren die Nutzungen dagegen in kürzeren Fristen wieder, so wird der Betrag derselben im Wege der Multiplication auf einjährige Fristen repartirt. Hänsel l. l.

[14] Mandat v. 28. November 1753. §. 1. C. C. A. I. p. 383 fg. Junghanns Diss. laud. de finibus regundis etc. Lips. 1805. Haubold l. l. §. 17 fg. Kori l. l. §. 25. Ueber die Compromisse der Parteien s. unten bei not. 33. §. 72 bei not. 15 u. 23. u. §. 73 bei not. 21 u. 26 fg.

[15] Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 1. sub a. C. C. A. I. p. 383 fg.

[16] Siehe auch unten §. 72 bei not. 15. vergl. mit unten bei not. 33. §. 72 bei not. 23. §. 73 bei not. 21 u. 26 fg. Die Uebereinstimmung der Parteien oder ihrer Advocaten, daß die Sache eine größere sei, hindert den Richter nicht, nähere Erörterungen anzustellen, da Compromisse derselben, eine geringfügige Rechtssache in Form des ordentlichen Processes zu verhandeln, ausgeschlossen sind. S. oben §. 70 bei not. 4 u. diese Note selbst u. unten bei not. 32. u. §. 72 bei not. 25.

[17] Biener l. l. §. 236. not. 5. Haubold l. l. §. 30. Kori l. l. §. 25 am Ende. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1845. V, 136. p. 357. Wird über die Geringfügigkeit gestritten, so muß der Entscheidung eine summarische Erörterung des Werths vorausgehen. Haubold l. l. §. 17 am Ende. Nach Analogie des Gesetzes v. 13. Januar 1838. §. 5 hat diejenige Partei die Kosten dieser Erörterung verlagsweise zu tragen, welche behauptet, die Sache sei eine größere. Hänsel l. l. zu §. 17 u. 19. II. p. 4. vergl. mit Gottschalk l. l. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 330.

Hauptgegenstande zugleich eingeklagte[18] Nebenforderungen niemals und also auch dann nicht in Anschlag zu bringen, wenn sie den Betrag der Hauptforderung übersteigen[19]. Fordert der Kläger nicht die Herausgabe einer Sache oder die Anerkennung oder Einräumung eines Rechts, sondern die Vornahme einer Handlung, so ist die Rechtssache in der Regel keine geringfügige. Nur in dem Falle, wenn das aus allgemeinen Gründen erkennbare, nicht blos aus dem Gesichtspunkte einer einzelnen Partei betrachtete Interesse einen Maßstab abgiebt, nach welchem sich beurtheilen läßt, daß der Werth einer Handlung im Allgemeinen und ohne Berücksichtigung der eigenthümlichen Umstände im concreten Falle ein geringfügiger sei, ist das summarische Verfahren wegen Geringfügigkeit des Objects anwendbar[20]. Bei der Abschätzung des Proceßgegenstands wird der Marktpreis oder Courswerth derselben, sowie namentlich bei Grundstücken der letzte Kaufpreis berücksichtigt[21]. Die Werthbeträge werden im 14 Thalerfuße berechnet[22]. Tritt von mehreren Streitgenossen nur einer oder ein Theil derselben klagend auf, so ist, wenn der Gegenstand des Processes untheilbar ist[23], der ganze den sämmtlichen Streitgenossen gemeinschaftliche Gegenstand, wenn hingegen derselbe eine intellectuelle oder physische Theilung zuläßt, nur der Antheil, welcher auf den klagenden Streitgenossen kommt, bei Beurtheilung der Frage nach der Geringfügigkeit zu berücksichtigen. Die nämlichen Grundsätze gelten in dem Falle, wenn der Kläger von mehreren gemeinschaftlich Verpflichteten nur einen oder einige verklagt. Handelt es sich im Processe um ein Recht, welches mehreren

---

[18] Vergl. Hänsel l. l. zu §. 19. II. p. 8.

[19] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 43. sub 2. Früher war dies der Fall, sobald die Nebenforderungen den Betrag der Hauptforderung überstiegen. Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 1. C. C. A. I. p. 383 fg. Haubold l. l. §. 19 fg. Kori l. l. §. 35. Das Agio ist als Nebenforderung nicht zu betrachten, sondern gehört zum Capital. Haubold l. l. §. 21 b.

[20] Haubold l. l. §. 18 b. p. 27 fg. Hänsel l. l. zu §. 18 b. II. p. 4. Handelt es sich um die Einräumung ermietheter Localien, so ist die Geringfügigkeit nach der Höhe des bewilligten jährlichen Miethzinses zu bestimmen. Haubold l. l. §. 18. not. i. pag. 30. Hänsel l. l. p. 5.

[21] Es müßten denn seit dem letzten Kaufe veränderte Umstände eingetreten sein. Mandat vom 28. November 1753. §. 1. Biener l. l. §. 236.

[22] Verordnung v. 28. Novbr. 1840. §. 6 u. 7. Goldmünzen und andere nach einem anderen Fuße ausgeprägte Silbermünzen sind nach ihrem Courswerthe, den sie zur Zeit der Klaganstellung haben, auf Sächsisch Courant zu reduciren. Hänsel l. l. zu §. 14. 24. II. p. 3. Gottschalk l. l. p. 23 fg.

[23] Namentlich gilt dieß von Servituten.

Streitgenossen zusteht, oder um eine Verbindlichkeit, welche mehreren Streitgenossen obliegt, so ist die Rechtssache eine größere, wenn auch der Antheil jedes einzelnen Klägers oder die Leistung jedes einzelnen Beklagten den Betrag von jährlich 2 Thalern nicht übersteigt[24]. Bei der objectiven[25] Häufung mehrerer Klagen, welche auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen[26], ist zu unterscheiden, ob eine der cumulirten Klagen einen Gegenstand betrifft, welcher für sich allein die für geringfügige Rechtssachen festgestellte Norm übersteigt oder nicht. Im ersteren Falle ist die Rechtssache ohne Unterschied als causa major anzusehen[27], im letzteren dagegen nur dann, wenn die cumulirten Posten ihrem Werthe nach zusammen die Summe von Einhundert Thalern übersteigen[28]. Streitigkeiten über Erbschaften oder andere uni-

---

[24] Hänsel l. l. zu §. 23. II. p. 9 fg. Vergl. hierzu Gottschalk l. l. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 330.

[25] Von der subjectiven Cumulation, welche hier leichter gestattet wird, als im ordentlichen Processe — siehe unten §. 76 bei not. 10 und §. 72 bei not. 20. — sagt das Gesetz nichts. Haubold l. l. §. 23. Bei dieser sind die in einer Klagschrift verbundenen Klagen mehrerer Kläger gegen einen und denselben Beklagten, oder die cumulirten Klagen eines Klägers gegen mehrere Beklagte aus verschiedenen Klaggründen jede für sich zu beurtheilen. Hommel Anleitung zum Referiren, Halle 1778. §. 157. de Schellwitz Comm. laud. cap. 2. §. 59 fg. Haubold l. l. §. 23 u. 44. Uebersteigt also keine derselben die gesetzliche Norm, so sind sie sämmtlich in Form des geringfügigen Processes zu verhandeln, auch wenn sie zusammen mehr betragen. Kori l. l. §. 26.

[26] Daß mehrere Klagen, welche zwar auf verschiedenen factischen Unterlagen, aber auf einem und demselben Rechtsgrunde beruhen, hierher nicht zu ziehen sind, steht in der Praxis fest. Nach den Worten des Mandats v. 28. Nov. 1753. §. 1. „etliche von verschiedenen causis agendi herrührende Posten" möchte die Richtigkeit dieser Ansicht allerdings zweifelhaft erscheinen. Vergl. Kori l. l. §. 26. not. 2. Hänsel zu Haubold l. l. §. 24. not. c. pag. 38. A. M. sind de Schellwitz l. l. cap. 1. §. 43 fg. Cap. 2. §. 61. Mencken l. l. §. 7. p. 126 fg. Biener l. l. §. 236. not. 7. Haubold l. l. §. 24, indem sie die in Praxi angenommene Ansicht auch theoretisch für die richtige halten.

[27] Mandat v. 28. Nov. 1753. §. 1. C. C. A. I. p. 383 fg. Daher wird auch auf den Beweis der ganzen Klage erkannt, wenn dieß in Betreff des größeren Objects nöthig wird. Bedarf es aber hinsichtlich dieses größeren Objects keiner Beweisführung, so gehen geringfügige Ansprüche, die damit cumulirt waren, dem Kläger verloren, wenn er dieselben nicht sofort bescheinigt hat, da wegen dieser allein nicht auf Beweis interloquirt werden kann. Kori l. l. §. 26. Haubold l. l. §. 24 am Ende u. §. 33. Pöschmann in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. VIII, 3. p. 68 fg.

[28] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 43. sub 1. vergl. mit Gesetz v. 20. Juli 1840. Verordnung v. 28. Nov. 1840. §. 6 u. 7. Früher waren es 100 Gülden. Vergl. Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 1. Biener l. l. §. 236. Ueber den Fall, wenn die cumulirten Klagen mehrere unkörperliche Sachen betreffen, ist in den Gesetzen nichts bestimmt. Mithin sind solche in Form des ordentlichen Processes zu verhandeln, sobald die jährlichen Nutzungen zusammengenommen

versitates sind deßhalb in der Regel als größere zu verhandeln, weil sich ihr Umfang gewöhnlich nicht übersehen läßt. Ist indeß der Betrag der universitas actenkundig gering, so kann auch darüber in Form der geringfügigen Rechtssachen verhandelt werden [29]. Aus dem nämlichen Grunde werden Rechnungssachen in der Regel nicht geringfügig sein können, es müßte denn der Gesammtbetrag aller in der Rechnung aufgeführten oder doch streitig gewordenen Posten zusammengenommen die für geringfügige Rechtssachen gesetzlich eingeführte Norm nicht übersteigen [30]. Bei Beurtheilung der Frage, ob die Widerklage geringfügig sei, wird auf den Gegenstand der Vorklage keine Rücksicht genommen [31]. Compromisse der Parteien, wornach in Fällen, wo die gesetzlichen Bestimmungen über geringfügige Rechtssachen Anwendung leiden, ordentlich verfahren werden soll, sind ganz unzulässig [32]. Dagegen kann in größeren Rechtssachen auf Anwendung der Formen des Processes in geringfügigen Rechtssachen mit Genehmigung des Gerichts gültig compromittirt werden [33].

---

den Betrag von zwei Thalern übersteigen. S. oben bei not. 14. Ueber die Unanwendbarkeit dieser Norm auf mehre im ordentlichen Processe cumulirte geringfügige Exceptionen s. unten not. 34.

29 de Schellwitz l. l. cap. 1. §. 25. Haubold l. l. §. 29. Behauptet der Beklagte in einer geringfügigen Rechtssache, in welcher er als Erbe verklagt wird, Insufficienz des Nachlasses, so wird deßhalb die Sache nicht zu einer größeren, da die Verurtheilung nur auf Bezahlung aus dem Nachlasse lautet. Hänsel l. l. zu §. 29. p. 11 fg.

30 Vergl. Junghanns Spicil. p. 8.

31 Kori l. l. §. 25. Daher ist auch die Widerklage causa major, obwohl die Hauptklage causa minuta war, wenn das Liquidum, auf dessen Rückzahlung der Widerkläger klagt, die gesetzliche Norm übersteigt. Hänsel l. l. zu §. 31. II. p. 12 fg.

32 Mencken Diss. laud. de ind. caus. min. §. 3. Diss. laud. de proc. caus. min. §. 5. v. Gönner Handbuch IV, 70. §. 9. v. Grolman Theorie §. 225. Haubold l. l. §. 39 vergl. mit oben §. 70. not. 4 und unten §. 72 bei not. 25. §. 75 bei not. 8. Indeß liegt es in dem Falle in der Willkühr des Klägers, den ordentlichen oder auch den geringfügigen Proceß zu wählen, wenn derselbe mehrere geringfügige Ansprüche hat. Haubold l. l. §. 24 u. 39.

33 Ein solches Compromiß hat auch die Beschränkung der Rechtsmittel zur Folge. So hat das Ober-Appell.-Gericht in Sachen Ellmerin c. Dittes 1844 erkannt. Fälschlich hält Hänsel l. l. zu §. 39. II. p. 13. die richterliche Genehmigung in geringfügigen Rechtssachen nicht für erforderlich, weil hier der Richter nicht pressirt werde. Denn dieser Genehmigung bedarf es nach allgemeinen Grundsätzen in allen Fällen. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 92 am Ende. Ueber die Kostenansätze im Fall solcher Compromisse s. unten §. 82. not. 2. u. §. 96. not. 5. Ein in causa ardua stattgefundenes Compromiß auf Führung einer nicht solennen Bescheinigung, hat nicht zur

Noch ist zu bemerken, daß dieser Maßstab der Geringfügigkeit auch im ordentlichen Processe angelegt werden muß, wenn der Beklagte eine Ausflucht oder Duplik, oder der Kläger eine Replik vorschützt, deren Object geringfügig ist, oder wenn eine Partei ein Rechtsmittel eingewendet hat, welches nur einen geringfügigen Betrag oder Werth zum Gegenstande hat, es müßte denn unter mehreren gleichzeitig vorgeschützten Exceptionen, Repliken oder Dupliken eine sein, welche auf einen höheren Betrag sich bezieht, oder unter mehreren zu Rechtfertigung eines Rechtsmittels angeführten Beschwerdegründen einer einen größeren Gegenstand betreffen, oder alle zusammen die Norm der geringfügigen Rechtssache übersteigen [34]. Auf gleiche Weise ist es dem Gegenbeweisführer in einer größeren Rechtssache immer gestattet, geringfügige Exceptionen, deren Bescheinigung er im ersten Verfahren unterlassen hatte, im indirecten Gegenbeweise darzuthun [35]. Denn in

---

Folge, daß im Uebrigen die Grundsätze des Processes in geringfügigen Rechtssachen in Anwendung gebracht werden müßten. S. das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. V. p. 368. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[34] Die im Mandate v. 28. November 1753. §. I. sub c. enthaltene Vorschrift, daß im Falle der objectiven Cumulation mehrer geringfügiger Klagen die Rechtssache erst dann als causa ardua zu behandeln sei, wenn der Gegenstand oder Werth derselben zusammen den Betrag von Einhundert Thalern übersteige, leidet nach der richtigeren, auch vom Ober-App.-Gerichte in neuerer Zeit befolgten Ansicht auf den Fall der Cumulation mehrer geringfügiger Exceptionen im ordentlichen Processe keine Anwendung, und wird daher auf Beweis erkannt, sobald die mehren geringfügigen Exceptionsposten zusammen nur den Werth oder Betrag von Funfzig Thalern übersteigen. Siehe Roux in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 1. p. 16 fg. und die ebendaselbst XII. p. 275 mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts.

[35] So hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1839 die Bescheinigung eines geringfügigen Klaganspruchs, welcher neben causa ardua geltend gemacht und unbescheinigt geblieben war, in dem Erkenntnisse auf Beweis einer Exception, für den Gegenbeweis nachgelassen. Vergl. Hänsel l. l. §. 33. not. c. Volkmann System §. 223. p. 100, welche sich zugleich mit der Frage beschäftigen, ob in solchem Falle der Gegenbeweis der geringfügigen Ausflucht auch dann geführt werden könne, wenn der Gegner am Hauptbeweise sich versäumt hat. Da dadurch der Gegenbeweisführer seines Rechts auf die Antretung des Gegenbeweises an sich keineswegs verlustig wird — vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 249 bei not. 34. §. 245 not. 14. u. §. 295 bei not. 6. — so steht es ihm auch frei, seine geringfügige oder ganz geringe Exception, Replik oder Duplik innerhalb der ihm zum Gegenbeweise ohnehin gestatteten sächsischen Frist zu beweisen. Die Gegenbeweisfrist beginnt in solchem Falle mit dem Tage der erhaltenen Notification von der Versäumung des Gegners am Hauptbeweise, oder doch mit der Rechtskraft des Erkenntnisses, in welchem die Beweisführung für desert erklärt worden ist. Indeß wird es einer solchen Gegenbeweisführung nach dem in meinem Handbuche des Sächs. ordentl. Pr. §. 245. not. 14. Ge-

diesen Fällen wird das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen vom ordentlichen Processe absorbirt[36].

§. 72.

Maßstab der Bagatellsachen. Abgrenzung derselben von den geringfügigen Rechtssachen.

Als Bagatellsachen sollen nach gesetzlicher Bestimmung[1] alle diejenigen Rechtsstreitigkeiten über dingliche oder persönliche[2] Civilansprüche[3] behandelt werden, deren Gegenstand schätzbar[4] ist und den Betrag oder Werth von Zwanzig Thalern Sächsisch Courant[5] nicht übersteigt[6]. Servituten, dingliche Lasten, regelmäßig wiederkehrende, für immer oder doch auf unbestimmte Zeit fortdauernde Leistungen und andere Gerechtigkeiten sind zur Ver-

---

sagten überhaupt nur dann bedürfen, wenn die Versäumung an der auferlegten Beweisführung dem Beweisführer den Verlust des Processes nur theilweise zuzieht, andere des Beweises nicht bedürftige Punkte aber durch den Beweis des Gegentheils elidirt werden können. Zum Theil anderer Meinung ist Hänsel l. l. indem er behauptet, der Gegenbeweis müsse in solchem Falle nach der in processu causarum minutarum gültigen Weise unternommen werden. Siehe dagegen Volkmann l. l.

[36] Vergl. Haubold l. l. §. 32 fg. Volkmann System §. 223. p. 100. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 330. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1845. V, 65. p. 172 fg. u. oben not. 26. Pöschmann in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 3. p. 68 fg. In gleicher Weise hat das Ober-Appell.-Gericht 1841 in Sachen Menzel c. Menzel erkannt.

[1] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 2.

[2] Hänsel ganz geringfügige Rechtssachen II. §. 3. not. f. pag. 33.

[3] Aber auch nur über solche. Vergl. die Ueberschrift u. §. 2. des Gesetzes v. 16. Mai 1839.

[4] Denn unschätzbare Gegenstände eignen sich nicht einmal zur Verhandlung im geringfügigen Processe. Vergl. oben §. 71 bei not. 2. und not. 11. und unten bei not. 14. So hat das Appell.-Gericht zu Leipzig in Sachen Kirchners c. Wachsmuth in 1846 die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung einer Miethwohnung im Bagatellwege aus dem Grunde für unzulässig erklärt, weil bei der Quantificirung desselben keineswegs allein die Höhe des contractlichen Miethzinses entscheidend sei, vielmehr Beklagte an der ferneren Innebehaltung der Wohnung nach Befinden noch ein besonderes Interesse haben könne, dessen Umfang sich nicht übersehen lasse.

[5] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 2. vergl. mit Gesetz vom 20. Juli 1840. Verordnung v. 28. November 1840. §. 6 u. 7.

[6] Auf die Beschaffenheit des Anspruchs kommt nichts an. Hänsel l. l. p. 33 bei not. e. S. jedoch die weiter unten angegebenen Ausnahmen. Auch Gesindesachen gehören hierher. Vergl. Hänsel l. l. not. f. und oben §. 9. Nach der Verordnung v. 31. Januar 1845 sollen ganz geringe Expensforderungen, wenn sie gerichtlich besonders verfolgt werden, in Hinsicht auf die dabei in Ansatz zu bringenden Kosten und den Stempelimpost nach §. 39 u. 40 des Gesetzes v. 16. Mai 1839 auch dann behandelt werden, wenn der Hauptgegenstand des Streits, aus dem sie entstanden, ein größerer war.

handlung in dieser Proceßart auch dann ungeeignet, wenn sie in einen landüblichen Anschlag gebracht werden können und die jährlichen Nutzungen derselben noch so gering sind [7]. Indeß können Ansprüche auf Rückstände größerer Leistungen, oder auf verfallene Termine derselben, ingleichen Capital- und Miethzinsen, sowie Reallasten von Grundstücken, sobald diese Ansprüche an sich den Werth von 20 Thalern nicht übersteigen, in dieser Proceßart eingeklagt werden, so lange nicht die Hauptverbindlichkeit selbst [8] streitig wird, auf welcher dergleichen Ansprüche beruhen [9]. Dagegen sind Ansprüche, welche auf den Erwerb, das Eigenthum, oder den Civilbesitz [10] eines Grundstücks gerichtet sind, ingleichen

[7] Dieß erhellt aus §. 2. sub 3. des Gesetzes vom 16. Mai 1839. Vergl. Hänsel l. l. not. e. pag. 33.

[8] Von dem Falle, wenn der Kläger selbst bekennt, daß ihm der früher bestandene höhere Anspruch nicht mehr zustehe, wenn also durch die Entscheidung über den Rückstand im Bagatellprocesse nicht ein Präjudiz für den Anspruch auf eine höhere Summe, welcher auf denselben thatsächlichen Voraussetzungen beruht, erwirkt werden soll, gilt dieß nicht, wenn auch über den ursprünglich höheren Betrag der Schuld gestritten wird. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 95. p. 270. sub 3.

[9] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 3. Hänsel l. l. p. 34 fg. Ist daher die Klage nur auf einen solchen unter das Bagatellgesetz fallenden Civilanspruch gerichtet, so muß der Proceß sistirt werden, sobald der Klaggrund soweit geläugnet ist, daß die Entscheidung der Sache von der rechtlichen Ausführung der Hauptverbindlichkeit abhängig wird. Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 3. Der Kläger ist in diesem Falle zu Anstellung einer anderen Klage zu verweisen, oder doch eine neue Ausfertigung zu erlassen, wenn derselbe erklärt, die bereits angestellte Klage im Wege einer anderen Proceßart fortstellen zu wollen. Angez. Gesetz l. l. Nur dann kann der Bagatellproceß fortgesetzt werden, wenn ein anderer in der Klage angegebener Klaggrund, z. B. ein besonderes Versprechen, auf welches sich der Kläger bezog, das Eingehen auf die Hauptverbindlichkeit unnöthig machte. Angez. Gesetz l. l. Hänsel l. l. not. l. pag. 35. Vergl. oben not. 8.

[10] Vergl. über diesen Begriff Hänsel l. l. not. c. pag. 30 fg. Im Allgemeinen muß hier unter Civilbesitz nicht nur der Verjährungsbesitz, sondern überhaupt jeder Besitz verstanden werden, welcher animo domini ausgeübt wird. Daher kann auch die Spolienklage in dieser Proceßart geltend gemacht werden, wenn sie sich auch auf Grundstücke bezieht, sobald nur das Object den Werth von 20 Thalern actenkundig nicht übersteigt. Von den übrigen Besitzklagen gilt dieß nicht, weil in diesen über den Civilbesitz in dem angegebenen Sinne gestritten wird. Nach Volkmann System §. 227. not. c. pag. 115. soll auch die Spolienklage ausgeschlossen sein. Er übersieht aber dabei, daß zur Anstellung der Spolienklage die Bezugnahme auf bloße Detention genügt, daß also hier die Erfordernisse eines juristischen Besitzes nicht vorhanden zu sein brauchen. Vergl. oben §. 57 bei not. 9. Da übrigens das Possessorium Summarium zwar nicht die definitive, allein doch die provisorische Regulirung des juristischen Besitzes bezweckt, so ist der Volkmann'schen Ansicht insoweit beizupflichten, als auch die den jüngsten Besitz eines Grundstücks betreffenden summarischen Besitzklagen in Form des Bagatellprocesses nicht verhandelt werden können. Theilweise a. M. ist Hänsel l. l.

solche, welche die mit dem Besitze eines Grundstücks verbundenen Berechtigungen und Verpflichtungen [11] betreffen und solche, deren rechtliche Beurtheilung auf Erörterung umfänglicherer Rechte und Verbindlichkeiten beruht, welche der Kläger dabei in Anspruch nimmt [12], von der Verhandlung in Form dieses Processes gänzlich ausgeschlossen [13]. Schätzbarkeit des Proceßgegenstands wird, wie bei den geringfügigen Rechtssachen, so auch hier, wesentlich erfordert [14]. Auch muß, wie bei diesen, im Zweifel und wenn über den Werth des Proceßgegenstands keine Uebereinstimmung der Parteien oder sonstige Gewißheit zu erlangen ist, in Form des ordentlichen oder doch des geringfügigen Processes verfahren werden [15]. Bei Beurtheilung der Frage, ob der Werth des Streitgegenstands die Höhe von 20 Thalern übersteige, ist lediglich auf den Betrag der Hauptforderung, nicht auf Zinsen, Nutzungen, Schäden und andere mit der Hauptforderung zugleich geltend gemachte Nebenforderungen Rücksicht zu nehmen, wenn auch die Nebenforderungen mehr als die Hauptforderung betragen sollten [16]. Von Anstellung der Klage auf Vornahme einer Handlung, sowie von der Ermittelung des Werths oder Betrags des Proceßgegenstands gelten die nämlichen Grundsätze, welche für geringfügige Rechtssachen eingeführt sind [17]. Umfaßt das Klagvorbringen mehrere für sich bestehende Ansprüche, so ist die Sache nur dann als Bagatellsache zu behandeln, wenn der Gesammtbetrag der einzelnen Hauptforderungen [18] die Summe von 20 Thalern nicht übersteigt und ist es dabei gleichgültig, ob die

---

[11] Also Realrechte und Lasten. Hänsel l. l. p. 33. not. d.

[12] Demnach können Terminzahlungen einer und derselben Schuld, oder rückständige Leistungen im Wege dieses Processes eingeklagt werden, sobald sie die gesetzliche Norm von 20 Thalern nicht übersteigen. Hänsel l. l. not. e. p. 33.

[13] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 2.

[14] S. oben not. 4.

[15] Vergl. oben §. 71 bei not. 17.

[16] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 4. Hänsel l. l. not. k. pag. 34. Volkmann l. l. §. 227. p. 118.

[17] S. oben §. 71. So lange der Werth des Proceßgegenstands nicht actenkundig feststeht, oder es doch nicht gewiß ist, daß derselbe die Normalhöhe von 20 Thalern nicht übersteigt, leiden die Formen des Bagatellprocesses keine Anwendung, es müßte denn darauf mit Genehmigung des Gerichts compromittirt worden sein. Siehe unten bei not. 23 fg. Hänsel l. l. not. f. p. 33.

[18] Denn auf Nebenforderungen wird keine Rücksicht genommen. S. oben bei not. 16.

verschiedenen Hauptforderungen auf einem und demselben oder auf verschiedenen Klaggründen beruhen[19]. Subjective Cumulation ist gesetzlich nicht untersagt[20], und die Frage, ob die Formen des Bagatellprocesses Anwendung leiden, in gleicher Weise, wie in geringfügigen Rechtssachen, im Fall einer solchen Cumulation nicht nach dem Gesammtbetrage des Geforderten, sondern nach dem Gegenstande der einzelnen Klagen zu entscheiden[21]. Wenn von mehreren Streitgenossen nur einer oder einige klagend auftreten, so ist bei Beurtheilung der Frage, ob eine Bagatellsache vorliege, wenn der Gegenstand des Processes untheilbar ist, der ganze den sämmtlichen Streitgenossen gemeinschaftliche Gegenstand, wenn hingegen derselbe eine gleichviel ob physische oder intellectuelle Theilung zuläßt, nur der Antheil, welcher auf den oder die Kläger kommt, in Betracht zu nehmen. Die nämlichen Grundsätze gelten dann, wenn der Kläger von mehreren gemeinschaftlich Verpflichteten nur einen oder einige verklagt[22]. Was übrigens oben §. 71. von der Zulässigkeit des für geringfügige Rechtssachen vorgeschriebenen Verfahrens in Erbschafts- und Rechnungssachen, sowie von der Widerklage gesagt worden ist, dies gilt auch von dem Bagatellprocesse[23].

Compromisse der Parteien auf Verhandlung von Rechtssachen, welche zu den Bagatellsachen nicht gehören, in Form des Bagatellprocesses, sind von der richterlichen Genehmigung abhängig[24]. Hat der Kläger sofort bei der Anmeldung seines

---

[19] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 5.

[20] Vergl. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1847. N. F. VII, 48. p. 151 fg. mitgetheilte Verordnung des Appell.-Gerichts zu Zwickau und die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VII. p. 68 fg. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums. A. M. ist Volkmann l. l. §. 227. p. 118, indem er die subjective Klagenhäufung für ganz unzulässig hält.

[21] Es gelten also hier die nämlichen Grundsätze, wie im processus causarum minutarum. Vergl. oben §. 71. not. 25. Der §. 5. des Gesetzes v. 16. Mai 1839 steht dem nicht entgegen, handelt vielmehr nur von der objectiven Klagenhäufung, während die subjective Klagenhäufung im Gesetze nicht erwähnt ist. Ergiebt sich bei der Anmeldung des Anspruchs, oder bei der Verhandlung, daß in Folge der Cumulation Verwirrung zu befürchten sei, so hat der Richter die einzelnen klagbar gemachten Ansprüche zu sondern. Vergl. die in not. 20 angez. Verordnungen des Appell.-Gerichts zu Zwickau und des Justizministeriums.

[22] Hier gelten also die nämlichen Grundsätze, wie in geringfügigen Rechtssachen. S. oben §. 71 bei not. 23 fg.

[23] Vergl. oben §. 71 bei not. 29 u. 30. Hänsel l. l. §. 5. p. 41.

[24] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 45. Durch willkührliche Theilung eines mehr als 20 Thaler betragenden Anspruchs in mehrere einzelne Ansprüche,

Anspruchs die Einwilligung des Gegners zum Compromisse beigebracht, so kann das Gericht, falls es nicht ein erhebliches Bedenken trägt, dem Antrage sofort Statt zu geben, die Parteien in Form des Bagatellprocesses vorladen. Es steht jedoch demselben frei, noch im Verhandlungstermine, nach Anhörung des gegenseitigen Vorbringens, die Genehmigung des Compromisses zu versagen und die Parteien auf einen förmlicheren Rechtsweg zu verweisen, wenn ihm dieß wegen der Wichtigkeit des Gegenstands oder wegen Verwickelung des Sachverhältnisses angemessen erscheint [25]. Dagegen sind Compromisse der Parteien auf Verhandlung einer Bagatellsache in Form einer anderen Proceßart gesetzlich ausgeschlossen [26].

Werden in einem ordentlichen, geringfügigen oder aus irgend einem anderen Grunde summarischen Processe Ausflüchte, Repliken oder Dupliken vorgeschützt, oder Rechtsmittel eingewendet, deren Gegenstand ein bagatellmäßiger ist, so hat dieß auf das Verfahren nur insofern Einfluß, als ein solcher Einfluß nach den oben §. 71. angegebenen Grundsätzen in Folge geringfügiger Exceptionen oder Rechtsmittel stattfindet. Die Grundsätze des Bagatellprocesses kommen in solchem Falle niemals zur Anwendung [27].

---

welche sämmtlich auf derselben factischen Unterlage beruhen, kann der Kläger an die Stelle einer anderen Proceßart den Bagatellproceß keineswegs einseitig substituiren. Vergl. Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 3. Hänsel l. l. not. e. pag. 37, welcher aber zu weit geht, wenn er behauptet, daß dieß auch dann gelte, wenn der Kläger für jeden der einzelnen Ansprüche ein besonderes Factum nachweisen könne. Denn das von ihm angeführte Beispiel betrifft einen Fall, in welchem die einzelnen Ansprüche sämmtlich aus dem Contractsabschlusse entsprungen waren. Vergl. noch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 67. sub III. p. 176.

[25] Angez. Gesetz l. l. Wegen der Kostenansätze in solchem Falle s. unten §. 96.

[26] Dieß folgt aus §. 1. 44 und 45. des angez. Gesetzes. Hänsel l. l. not. h. pag. 34. Vergl. oben §. 71 bei not. 32. u. §. 70. not. 4, sowie unten §. 75 bei not. 8.

[27] Dieß deßhalb, weil das angez. Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 2. 3. 5. 11. ꝛc. überall nur von klagbar gemachten Ansprüchen handelt. Hänsel l. l. §. 4. not. g. pag. 38 fg. Volkmann System §. 227. not. d. pag. 116, dessen Behauptung, daß dieser Grundsatz dann eine Ausnahme erleide, wenn der ganze Klaggrund eingeräumt ist, aus dem unten §. 73. not. 12. angeführten Grunde, sich kaum wird rechtfertigen lassen. Von der Verwandlung des größeren Rechtsstreits in einen Bagatellproceß wird unten die Rede sein. Siehe §. 73.

§. 73.

Veränderung des Proceßobjects während des Processes.

Eine bereits anhängige größere Rechtssache kann durch Veränderung des Proceßgegenstands während des Processes zur geringfügigen oder zur Bagatellsache werden. Auf gleiche Weise kann auch eine bereits anhängige geringfügige Rechtssache während des Processes zur Bagatellsache umgestaltet werden[1]. Eine solche Veränderung des Proceßobjects tritt entweder in Folge von Erklärungen oder Handlungen der Parteien, oder auch ohne deren Zuthun ein. Namentlich gehören dahin die Fälle, wenn der Beklagte einen Theil des Klaggrunds pure und ohne Vorschützung peremtorischer Ausflüchte zugesteht, einen geringfügigen oder ganz geringen Theil aber läugnet[2], oder wenn einer der verklagten Streitgenossen den Klaggrund zu seinem Antheile an dem theilbaren[3] Proceßgegenstande einräumt, der Antheil der übrigen Streitgenossen aber die gesetzliche Norm der geringfügigen oder Bagatellsachen nicht übersteigt[4], oder wenn der Beklagte bei völlig zugestandenem Klaggrunde eine geringfügige Ausflucht, oder bei zugestandener Replik eine geringfügige Duplik vorschützt[5], oder auf einen Theil der von ihm vorgeschützten größeren Aus-

---

[1] Biener Syst. §. 236. Haubold geringfügige Rechtssachen §. 25 fg. Kori Summ. Pr. §. 27. Hänsel ganz geringfüg. Rechtssachen §. 4. p. 35 fg. Ueber das gemeine Recht s. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. III. p. 91 fg.

[2] Mandat vom 28. November 1753. §. 1. C. C. A. I. p. 383 fg. Mencken Diss. laud. §. 9. p. 128. Haubold l. l. §. 25. not. b. pag. 39. Kori l. l. Volkmann System §. 223. p. 101. Ist neben dem Läugnen eines geringfügigen Betrags, den zugestandenen übrigen Beträgen gegenüber, eine geringfügige Ausflucht vorgeschützt, so hat der Kläger den streitigen Theil seines Anspruchs, ebenso aber auch der Beklagte den Grund seiner geringfügigen Ausflucht sofort im Verfahren zu bescheinigen. Dieß gilt auch in dem Falle, wenn dadurch einschließlich des geläugneten Klagobjects ein die Normen der causa minuta übersteigender Gesammtbetrag streitig geworden ist. A. M. Volkmann System §. 223. p. 101 fg. indem er meint, es sei dann auf Beweis der Klage zu erkennen, Beklagtem aber der Beweis seiner Ausflucht nachzulassen.

[3] Ist der Proceßgegenstand untheilbar, so wird derselbe durch das Zugeständniß eines Streitgenossen nicht verringert.

[4] Hänsel l. l. zu §. 26. II. p. 10 fg. Vergl. hierzu die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846. VI, 63. p. 180 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts.

[5] Haubold l. l. §. 33. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 73. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 12. p. 29.

flucht oder Duplik später wieder verzichtet, so daß nur ein geringfügiges oder ganz geringes Object übrig bleibt, sowie wenn der Kläger auf einen Theil seiner Klage[6], oder einer der klagenden Streitgenossen auf seinen Antheil am Anspruche[7] oder Processe verzichtet, oder wenn der Kläger einen geringfügigen oder ganz geringen Theil der vom Beklagten bei zugestandenem Klaggrunde vorgeschützten größeren Ausflucht, ohne Beifügung einer Replik läugnet, oder dieser Ausflucht, welche er einräumt, eine geringfügige oder ganz geringe Replik entgegensetzt, oder in demselben Falle auf einen Theil der von ihm vorgebrachten größeren Replik später wieder verzichtet, so daß nur ein geringfügiges oder ganz geringes Object übrig bleibt. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn sich der Proceßgegenstand durch theilweise Leistung des Beklagten oder sonst durch Zufall[8] während des Processes verringert, wenn der Gegenstand eines Rechtsmittels[9] oder der Hülfsvollstreckung[10] geringfügig ist, oder wenn die Parteien auf Fortsetzung des Processes in Form einer geringfügigen oder Bagatellsache mit Genehmigung des Gerichts compromittiren[11]. Rücksichtlich des Ein-

---

6 Auf diese Weise kann der Kläger immer den processus causarum minutarum herbeiführen. Nur muß er auf den Ueberschuß wirklich, nicht etwa nur mit Vorbehalt verzichten, also den Proceß wegen dieses Restes bloß aufschieben. Kind Quaest. For. III, 95. p. 413. Haubold l. l. §. 26. not. a. Hänsel l. l. §. 4. not. b. pag. 36. Vergl. auch die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846. VI, 86. p. 262 und 1849. IX, 36. p. 121 fg. sowie bei Ackermann Rechtssätze N. F. II, 322. p. 239 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Erl. Pr.-O. V, 9. steht dem nicht entgegen. Hat der Kläger mehrere Ansprüche gleichzeitig geltend gemacht, so kann er den processus causarum minutarum dadurch herbeiführen, daß er in Betreff eines oder mehrerer Ansprüche liti renuncirt. Volkmann System §. 223.

7 Dieser muß aber theilbar sein. Auch muß die Verzichtleistung zu Gunsten des Gegners erfolgt sein. Hänsel l. l.

8 Wenn z. B. in Alimentationssachen der zu Ernährende während des Processes stirbt und die rückständigen Alimente nur geringfügig sind. Haubold l. l. §. 27.

9 S. darüber Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 8. Hier gelten die nämlichen Grundsätze, welche von der appellablen Summe gelten. Vergl. Gottschalk in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung III, 2. p. 16 fg. u. meinen ordentl. Pr. §. 329 bei not. 38. u. §. 330. sowie unten §. 80. not. 1.

10 Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851. XI, 91. p. 399 fg. Auch die Intervention eines Dritten, welche das Eigenthum an abgepfändeten Mobilien in Anspruch nimmt, ist, wenn es sich dabei um einen geringfügigen oder bagatellmäßigen Gegenstand handelt, nach den Grundsätzen vom Verfahren in geringfügigen oder Bagatellsachen zu behandeln. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 15. p. 70 fg.

11 Vergl. oben §. 71 bei not. 33. und §. 72. bei not. 24 fg. Streitig ist, ob ein größerer Proceß dann geringfügig wird, wenn der Beklagte den Klaggrund einräumt und nur die exceptio pluris petitionis tempore vorschützt,

flusses, welchen eine solche Verminderung des Proceßobjects auf die Procedur ausübt, ist zu unterscheiden, ob die Verminderung lediglich durch ein theilweises Zugeständniß einer Partei oder auf andere Weise herbeigeführt ist. Im ersteren Falle kommen die Grundsätze der kürzeren Verfahrungsart, da die Entscheidung durch bloße Zugeständnisse nicht entbehrlich wird [12], nicht ohne Weiteres, sondern erst bei Abfassung der Entscheidung und zwar nur in Betreff ihres Inhalts [13] zur Anwendung, während die äußere Form der Entscheidung, da auch die zugestandenen Punkte den Gegenstand derselben mitbilden, noch die feierlichere ist. In allen übrigen Fällen treten, sobald die bereits anhängige größere Rechtssache während des Processes zur geringfügigen herabsinkt, also immer noch ein Object von mehr als 20 Thalern streitig bleibt, die Grundsätze, welche vom Verfahren in geringfügigen Rechtssachen gelten, ohne Weiteres in Wirksamkeit [14], während dann, wenn nach dem Eintritte der Verminderung des Proceßgegenstands im bisherigen ordentlichen oder geringfügigen Rechtsstreite nur ein ganz geringer Anspruch des Klägers übrig bleibt, die Sache nur unter der Voraussetzung nach den Regeln des Bagatellprocesses zu behandeln und zu entscheiden ist, daß sich die Veränderung noch vor dem Termine oder doch in demselben bei

---

der Betrag der für diese Zeit laufenden Zinsen aber — interusurium — geringfügig ist. Nach der richtigeren Ansicht ist die Sache dann als causa major anzusehen, weil das wahre Interesse nach den versprochenen Zinsen mit Sicherheit nicht berechnet werden kann und demnach die allgemeine Präsumtion gelten muß, daß die Sache eine größere sei — s. oben §. 71 bei not. 17. — Vergl. Hänsel zu Haubold I. §. 33. not. a. u. Hänsel l. l. II. zu §. 19. p. 8 fg.

[12] Siehe mein Lehrbuch §. 134 bei not. 36.

[13] Namentlich kann nicht auf Beweis der geläugneten Punkte erkannt werden. Haben also die Parteien für deren Bescheinigung im Verfahren nicht gesorgt, so bleiben sie unberücksichtigt.

[14] Biener l. l. §. 236 am Ende. Haubold l. l. §. 27. Kori l. l. §. 27. Rechte der Parteien im Processe dürfen dadurch natürlich nicht verletzt werden. Kori l. l. §. 27. Ueber die Frage, wie das Einlenken in den summarischen Proceß stattfinde, wenn das Beweisinterlocut zur Zeit des Eintritts der Veränderung bereits rechtskräftig geworden ist, s. Hänsel zu Haubold I. §. 25. not. a. pag. 39. Da nach der in der Praxis herrschenden Ansicht der Eid auch in geringfügigen Rechtssachen, wenn sich der Kläger dieses Bescheinigungsmittels zur Bescheinigung der Klagunterlagen bedienen will, bei Verlust desselben in der Klagschrift angetragen werden muß, so darf der Kläger, welcher sich in der Klagschrift des Eidesantrags nicht bedient hat, im Falle eines solchen Einlenkens in die summarische Procedur den Eid keineswegs nachträglich noch antragen. Vergl. hierüber die abweichende Ansicht von Biener l. l. §. 236. not. 8. u. Haubold l. l. §. 52.

dem mündlichen Verhöre ergiebt[15], wenn aber die Parteien bereits ein schriftliches Verfahren angetreten haben, zwar der Rechtsstreit in denjenigen Formen fortzustellen ist, welche zu beobachten sein würden, wenn diese Veränderung nicht eingetreten wäre, die Entscheidung aber mit Rücksicht auf die wegen Begründung derselben im Bagatellprocesse zu beobachtenden Vorschriften zu ertheilen[16] und nach Bekanntmachung des Bescheids[17] das weitere Verfahren ebenfalls nach den Regeln des Bagatellprocesses einzurichten ist[18]. Ist das Verfahren diesen Vorschriften zuwider auf dem ursprünglich eingeschlagenen umfänglicheren Wege fortgesetzt worden, so hat dieß die Cassation desselben nicht zur Folge. Vielmehr wird in solchem Falle die Entscheidung ohne Weiteres

---

[15] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 44. sub a. Dahin gehört jedoch nach dem bei not. 12 Gesagten der Fall nicht, wenn der Beklagte von der geklagten Summe soviel einräumt, daß nur noch ein ganz geringes Object übrig bleibt, denn der Anspruch des Klägers auf die größere Summe ist zwar in solchem Falle nicht mehr streitig, allein der Gegenstand der Klage durch das Zugeständniß allein nicht vermindert. Vergl. Hänsel l. l. §. 4. p. 36. not. b, welcher mittheilt, daß das Leipziger Appell.-Gericht mehrmals so erkannt habe. Die Richtigkeit dieser Ansicht erhellt aus Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 44. im Eingange. Vergl. auch den im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846. VI, 63. p. 177 fg. mitgetheilten Rechtsfall. Aus dem im Texte angegebenen Grunde wird der Richter, wenn in einer größeren Rechtssache im Verhörstermine ein Vergleich zu Stande kommt und der Verklagte Terminzahlungen bewilligt, welche weniger als 20 Thaler betragen, sobald wegen einer einzelnen solchen ganz geringen Terminzahlung um Hülfsauflage gebeten wird, nach den Grundsätzen des Bagatellprocesses zu verfahren haben und Erstattung der bei dieser Gelegenheit auflaufenden außergerichtlichen Kosten vom Kläger nicht gefordert werden können. Vergl. Volkmann l. l. §. 227. not. q. pag. 120. Der Kläger wird sich also dagegen nur durch die cassatorische Clausul helfen können. Auch ist dieser den Kläger treffende Nachtheil beim Vergleichsabschlusse insofern zu berücksichtigen, als der Kläger, wenn möglich, auf größere Terminzahlungen, oder überhaupt darauf zu dringen hat, daß das Vergleichsquantum die Summe von 20 Thalern übersteigt und Abschlagszahlungen, wodurch der Rest der größeren Vergleichssumme unter 20 Thaler herabsinkt, möglichst nicht annehmen muß. Es liefert dieß einen neuen Beleg für die Unzweckmäßigkeit der gesetzlichen Bestimmung, daß der Ersatz der außergerichtlichen Kosten in Bagatellsachen nicht gefordert werden kann. Vergleiche unten §. 96 bei not. 7.

[16] Also genügt z. B. ein Zeuge, welcher nur den Handschlag an Eidesstatt gegeben hat, zum vollen Beweise. Höpfner in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. I, 9. p. 132 fg.

[17] Die Acten dürfen zum Verspruch nicht versendet werden, sobald der Proceßrichter erkannt hat, daß Bagatellsache vorliege. Ist aber die Versendung einmal erfolgt, so soll das Spruchcollegium der Entscheidung in materialibus sich unterziehen, wenn auch die Versendung nicht hätte erfolgen sollen. Vergl. die von Höpfner l. l. p. 134. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums.

[18] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 44. sub b. Vergl. Höpfner l. l. p. 131 fg.

in der kürzeren Form ertheilt[19]. Die Vorschützung ganz geringer Ausflüchte oder Dupliken im ordentlichen oder geringfügigen Processe bewirkt keine Aenderung der Proceßform. Auch finden die Vorschriften des Bagatellgesetzes in Betreff des Beweises solcher ganz geringer Exceptionen keine Anwendung[20]. Von der Vorschützung geringfügiger Ausflüchte im ordentlichen Processe ist bereits oben die Rede gewesen[21].

Andrerseits kann aber auch eine bereits anhängige geringfügige Rechtssache zur größeren, oder eine Bagatellsache zur geringfügigen oder größeren werden, wenn das Proceßobject während des Processes sich durch Erklärungen oder Handlungen der Parteien, oder durch Zufall[22] dergestalt vergrößert, daß der früher geringfügige oder ganz geringe Gegenstand nunmehr die Grenzen der geringfügigen oder ganz geringen Rechtssachen übersteigt, namentlich auch in dem Falle, wenn in einer geringfügigen oder Bagatellsache, in welcher es sich anfangs nur um Rückstände größerer Leistungen oder um sonstige Nebenverbindlichkeiten handelte, Streit über die Hauptverbindlichkeit entsteht[23], oder wenn der Erbe auf Leistung eines zum Nachlasse gehörigen geringfügigen oder ganz geringen Anspruchs klagt, der Beklagte aber das Erbrecht selbst bestreitet, es müßte denn der Betrag der Erbschaft actenkundig geringfügig oder ganz gering sein[24]. In solchem Falle muß der Proceß, sobald der Klaggrund soweit geläugnet

---

19 Siehe die von Ackermann Rechtssätze N. F. VI, 771. p. 55 fg. mitgetheilte Entscheidung.

20 Vergl. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 2. 3. 5. 11. ꝛc., wo nur von geklagten Forderungen die Rede ist, vergl. mit §. 22. Hänsel l. l. §. 4. p. 38. not. g. und oben §. 72 am Ende.

21 S. oben §. 71 am Ende u. §. 72 am Ende. Ausflüchte, welche einen ganz geringen Gegenstand betreffen, werden also in dieser Beziehung nach den nämlichen Grundsätzen beurtheilt, welche von den geringfügigen Ausflüchten gelten.

22 Siehe den von Ackermann Rechtssätze N. F. V, 735. p. 312 fg. mitgetheilten Fall.

23 Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 3. vergl. mit §. 45. Hommel Rhaps. Obs. 202. Schott Grundlinien p. 18. Haubold l. l. §. 28. Kori l. l. §. 27 am Ende. Hänsel l. l. §. 4. p. 36. Volkmann System §. 222 am Ende p. 96. So hat auch das Ober-Appell.-Gericht 1839 erkannt. Vergl. das im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1845. V, 11. p. 27 mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts, wo bemerkt wird, daß der Uebergang der geringfügigen Rechtssache in eine größere durch die einseitige Erklärung des Klägers, er klage nicht auf Anerkennung der Hauptverbindlichkeit im Allgemeinen, sondern verlange nur die fälligen Rückstände, nicht verhindert werden könne. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1850. X, 85. p. 393 fg.

24 Vergl. Hänsel l. l. zu §. 29. p. 11 fg. Hommel l. l.

ist, daß in Ermangelung eines anderen Klaggrunds die Entscheidung der Sache von der rechtlichen Ausführung der Hauptverbindlichkeit abhängig wird, sofort sistirt und der Kläger zu Anstellung einer anderen Klage verwiesen werden[25], es müßten denn die Parteien mit Genehmigung des Gerichts sich dahin vereinigt haben, daß der geringfügige oder Bagatellproceß nichtsdestoweniger fortgesetzt werden solle[26].

Schützt der Beklagte im geringfügigen oder Bagatellprocesse einen Gegenanspruch[27] vor, welcher die Höhe des Klagobjects übersteigt[28], so kann darauf schon nach allgemeinen Grundsätzen nur insoweit Rücksicht genommen werden, als dadurch der Betrag der vom Kläger geltend gemachten Forderung getilgt wird[29]. Der Beklagte kann daher seinen Gegenanspruch nur zu dem Zwecke geltend machen, um von der Klage losgesprochen zu werden. Den Rest muß er vom Kläger mittelst besonderer Klage einklagen. Uebersteigt aber der Gegenanspruch die gesetzlichen Grenzen der Proceßart, in welcher derselbe geltend gemacht wird, so soll darauf nur dann Rücksicht genommen werden, wenn über den in Anrechnung zu bringenden Theil des Gegenanspruchs entschieden werden kann, ohne dadurch zugleich einer künftigen Entscheidung wegen des Ueberrests vorzugreifen. Im entgegengesetzten Falle hat der Verklagte einstweilen den Kläger zu befriedigen und seinen Gegenanspruch in Form besonderer Klage gegen den Kläger auszuführen[30], es müßten sich denn die Parteien dahin vereini-

---

[25] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 3 u. 45. Hänsel l. l. §. 4. p. 36 fg. Indeß kann der Kläger auch erklären, daß er die angestellte Klage fortstellen wolle. Dann bedarf es nur der Anberaumung eines anderweiten Verhörstermins. In Betreff der Bagatellsachen ist dieß ausdrücklich bestimmt im Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 3 am Ende.

[26] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 45. und oben §. 71 bei not. 33. u. §. 72 bei not. 24.

[27] Dieß gilt auch von Duplicken. Hänsel l. l. §. 9. not. o. pag. 58.

[28] Die Berechnung des Betrags erfolgt bei diesen Ausflüchten ebenso, wie bei der Klage. Hänsel l. l. zu §. 32. p. 12.

[29] Denn der Kläger wird nicht verurtheilt. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 168. Vergl. auch Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 22 u. 43. sub 3. Hänsel l. l. zu §. 53. p. 17.

[30] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 22 u. 43. sub 3. Hänsel l. l. Volkmann System §. 224 am Ende p. 107. In diesem Falle kann der Beklagte den Proceßgegenstand, zumal wenn der Kläger ein Ausländer oder unangesessen ist, gerichtlich deponiren. Wenn er jedoch 4 Wochen lang, von Zeit der Deposition an, wegen des Gegenanspruchs nicht Klage erhebt, so ist der niedergelegte Schuldbetrag dem Kläger zu verabfolgen. Angez. Gesetz l. l. Hänsel l. l. p. 17. Von der Sicherstellung in anderer Weise, als durch Deposition, steht

gen, daß die Gegenforderung ihrem ganzen Umfange nach gleich einer geringfügigen, oder ganz geringen nach den Vorschriften des geringfügigen oder Bagatellprocesses erörtert werden solle[31], zu welchem Compromisse der Richter seine Genehmigung nicht einmal verweigern darf[32].

§. 74.

Einfluß der gesetzlichen Bestimmungen über geringfügige und Bagatellsachen auf andere summarische Proceßarten.

Die gesetzlichen Bestimmungen über das Verfahren in geringfügigen und Bagatellsachen äußern auf das Verfahren in anderen summarischen Proceßarten in dem Falle, wenn der Gegenstand dieser Letzteren ganz geringfügig ist, mannigfachen Einfluß[1]. So gelten zwar im Executivprocesse die das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen betreffenden Bestimmungen, sobald der Proceßgegenstand ein geringfügiger ist, im Allgemeinen ebenfalls[2]. Nichtsdestoweniger hat diese Geringfügigkeit des Objects auf die charakteristischen Merkmale des Executivprocesses keinen Einfluß. Namentlich gilt auch im geringfügigen Executivprocesse der Grundsatz, daß alle thatsächliche Behauptungen der Parteien, soweit solche überhaupt des Beweises bedürfen, durch beweiskräftige Urkunden sofort liquid gemacht werden müssen[3], und daß Editionsgesuche ausgeschlossen sind[4]. Auch wird der Beklagte in diesem

---

in der Gesetzstelle nichts. Daher ist es zweifelhaft, ob die Sicherstellung durch Pfand oder Bürgen zulässig sei, und nach der richtigeren Ansicht zu verneinen. Hänsel l. l. Ueber das ältere Recht s. Haubold l. l. §. 53. Kori l. l. §. 30. p. 39.

[31] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 22. Auch kann dabei zugleich dahin compromittirt werden, daß die Entscheidung gegen den Kläger vollstreckbar werden solle. Angez. Gesetz l. l. Hänsel l. l. p. 17.

[32] Dieß erhellt aus der angez. Gesetzstelle. Ueber das ältere Recht s. Hommel Rhaps. Obs. 202. Biener Syst. §. 239. Haubold l. l. §. 53.

[1] Haubold geringf. Rechtss. §. 40 fg. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen §. 5. p. 39 fg.

[2] Mandat v. 28. November 1753. §. 5. C. C. A. I. p. 383 fg. Befehl vom 15. November 1780. C. II. C. A. I. p. 379. auch in der Ober-Lausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824. §. 18. sub 20. Haubold l. l. §. 41. Kori Summ. Pr. §. 28. und oben §. 34 bei not. 1. Volkmann System §. 223. p. 98. Namentlich kommen die Bestimmungen des processus causarum minutarum in Betreff der äußeren Form des Verfahrens und hinsichtlich der Reduction der Kostensätze zur Anwendung. Vergl. die angez. Gesetze. Biener Syst. §. 237. Haubold l. l. Kori l. l.

[3] S. die angez. Gesetze. Haubold l. l. u. oben §. 20.

[4] Erl. Pr.-O. Anhang §. 3. und oben §. 34 bei not. 9 fg. u. §. 37. bei

Processe mit seinen illiquiden Ausflüchten zur Widerklage oder zu besonderer Ausführung verwiesen[5]. In Bagatellsachen finden die Formen des Executivprocesses keine Anwendung[6] und wird daher auch dann nach den Grundsätzen des Bagatellprocesses verfahren, wenn der Kläger seine ganz geringe Klage durch documenta guarentigiata sofort liquid zu machen im Stande ist. Da übrigens in Folge eines Bagatellprocesses Widerklage nicht angestellt werden kann[7], so wird der Beklagte im Bagatellprocesse gegen eine durch klare Brief und Siegel sofort liquid gemachte Bagatellklage mit seinen Ausflüchten auch dann gehört, wenn derselbe diese Ausflüchte mit Urkunden liquid zu machen nicht im Stande ist. Auch genügen zu Begründung der Bagatellklage indiscrete Urkunden nicht. Vielmehr ist es Sache des den Termin leitenden Richters, den Kläger zu Substanziirung seiner Klage ausdrücklich zu veranlassen, und dadurch dem Beklagten Gelegenheit zu geben, von den ihm zu Gebot stehenden Vertheidigungsmitteln Gebrauch zu machen[8]. Der Executionsproceß findet auch in geringfügigen Rechtssachen Statt. Indeß gelten auch

---

not. 21. Die Urkunden müssen dann der Klage im Original oder in Abschrift beiliegen. Vergl. oben §. 34 bei not. 8.

[5] Haubold l. l. p. 56 fg. Hänsel l. l. §. 5. p. 41. not. o. Vergl. oben §. 29 fg.

[6] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 41. Hänsel l. l. p. 40.

[7] Dieß folgt aus der Ausschließung des Executivprocesses. Hänsel l. l. p. 41. Der im Gesetze vom 16. Mai 1839. §. 22. erwähnte Fall, wo der Beklagte eine größere Gegenforderung vorgeschützt hat und deßhalb zu besonderer Ausführung verwiesen worden ist, fällt nicht unter den Begriff einer Widerklage. Daher leiden auch die von dieser Widerklage geltenden eigenthümlichen Bestimmungen darauf keine Anwendung. Hänsel l. l. p. 41. not. o. Dagegen kann in Folge anderer Urkundenprocesse, nämlich des Executions- und des Wechselprocesses allerdings Widerklage erhoben werden, wenn auch der Gegenstand dieser Processe die Höhe von 20 Thalern nicht übersteigen sollte. Auch kann, wenn die Hauptklage keine Bagatellklage war, doch nichtsdestoweniger die Widerklage eine solche sein.

[8] Nach den Worten der §. 41. des Bagatellgesetzes v. 16. Mai 1839 könnte dieß zweifelhaft scheinen. Allein da der Executivproceß ausgeschlossen ist, muß auch die auf den eigenthümlichen Grundsätzen dieses Processes beruhende und nur nach diesen zu rechtfertigende Bestimmung wegfallen, daß der Beklagte auf den Grund indiscreter Urkunden verurtheilt werden dürfe. Dieß um so mehr, als dem Beklagten in Folge eines Bagatellprocesses keine Widerklage gestattet ist. Dagegen läßt sich übrigens nicht einwenden, daß durch Ausschließung indiscreter Urkunden die Rechtsverfolgung anderen Proceßarten gegenüber erschwert werde. Denn durch die von der gegentheiligen Ansicht unzertrennliche Zulassung der Widerklage würde die definitive Regulirung des Rechtszustands mehr erschwert als erleichtert. Im Executions- und Wechselprocesse genügen indiscrete Urkunden auch dann, wenn der Proceßgegenstand die Höhe von 20 Thalern nicht übersteigt.

dann die Normen des Processes in geringfügigen Rechtssachen in Betreff der Kostensätze und der Zulässigkeit der Rechtsmittel. Ebenso kann der Kläger, welcher seinen ganz geringen Anspruch durch öffentliche Urkunden sofort liquid zu machen im Stande ist, statt des Bagatellprocesses den Executionsproceß wählen[9]. In solchem Falle gelten aber nach der richtigeren Ansicht diejenigen Normen des Bagatellprocesses, welche sich mit dem Executionsprocesse vereinigen lassen, ebenfalls. Namentlich kommen dann auch im Executionsprocesse in Betreff der Kostenhöhe, der Erstattung der außergerichtlichen Kosten[10], der Stempelbeträge und der Zulässigkeit der Rechtsmittel, die Grundsätze des Bagatellprocesses zur Anwendung[11]. Auch hat der Executionsproceß, sobald er ein nur geringfügiges oder ganz geringes Object betrifft, das Eigenthümliche, daß die in der Hülfsauflage zu gestattende Frist nur eine 14tägige ist[12]. Das Verfahren im Wechselprocesse hat nichts Eigenthümliches, wenn auch der Gegenstand dieses Processes ein geringfügiger[13] oder ganz geringer[14] ist. In geringfügigen oder ganz geringen Streitigkeiten über den jüngsten Besitz findet das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen[15]

---

[9] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 41. Der Kläger kann also auch Bagatellklage erheben. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 19. p. 54. IV, 61. p. 186 fg. u. 1856 N. F. IV, 44. p. 264. und oben §. 40. not. 13.

[10] Ueber die Unzweckmäßigkeit dieser Ausschließung der Kostenerstattung im Executionsprocesse, wenn der Gegenstand desselben ganz gering ist, siehe Volkmann l. l. §. 227. not. h. pag. 117.

[11] Vergl. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle l. l. u. 1845. V, 25. p. 69. mitgetheilten Entscheidungen des Dresdner und Leipziger Bezirks-Appell.-Gerichts und des Ober-App.-Gerichts.

[12] Executionsgesetz v. 28. Februar 1838. §. 89. und oben §. 42.

[13] Mandat v. 28. November 1753. §. 5. C. C. A. I. p. 383 fg. Befehl v. 15. November 1780. C. II. C. A. I. p. 379. Nur die Kostenansätze sind niedriger und die Rechtsmittel beschränkt.

[14] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 41. Auch hier gelten in Betreff der Kostenansätze und der Rechtsmittel die Grundsätze des Bagatellprocesses. Dasselbe gilt von den Stempelbeträgen, keineswegs aber, wie das Appell.-Gericht zu Dresden nach Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1856 N. F. IV, 44. p. 264 angenommen hat, von dem Grundsatze, daß die Extrajudicialien nicht restituirlich sind, wie denn auch im Handelsgerichtsprocesse deren Restituirbarkeit auch in solchen Sachen, wo es sich um einen ganz geringen Gegenstand handelt, niemals bezweifelt worden ist.

[15] Mandat vom 28. November 1753. §. 2. C. C. A. I. p. 383 fg. Ueber den Sinn dieser Gesetzstelle ist viel gestritten worden. Daß auf Schutz des jüngsten Besitzes auch dann geklagt werden könne, wenn der Gegenstand des Besitzstreits ein geringfügiger ist, erhellt deutlich aus der angez. Gesetzstelle, welche offenbar nur bestimmt, daß hinsichtlich des ohne processualische Weiterung abzusetzenden Verfahrens zwischen Petitorium und Possessorium kein Un-

sowohl, als das Verfahren in Bagatellsachen[16] Anwendung[17]. In beiden wird jedoch über das Recht selbst entschieden, sobald der Beklagte das Recht vollständig oder wenigstens bis zum Erfüllungseide beigebracht hat, wenn auch der Kläger bei Anstellung der Klage nur auf seinen jüngsten Besitz sich bezogen und die jura in petitorio unerwähnt gelassen oder bei der Bezugnahme auf das Recht selbst ausdrücklich erklärt haben sollte, daß dieß nur pro coloranda possessione geschehen sei[18]. Provocatorische Klagen, welche einen geringfügigen Gegenstand betreffen, werden ebenfalls in Form des geringfügigen Processes[19], und wenn sie einen ganz geringen Gegenstand betreffen, in Form des Bagatellprocesses verhandelt[20]. Macht in diesem Falle der Provocat sofort im Termine, oder auch bei geringfügigen Rechtssachen im Laufe des Verfahrens seine Hauptforderung geltend, so muß mit Beiseitsetzung des präparatorischen Streites sofort haupt-

---

terschied gemacht werden solle. Auch müßte eine so außerordentliche Ausnahme von dem Grundsatze: „ultra petita non cognoscitur", welcher noch überdieß durch Decis. Elect. 13. vom 22. Juni 1661. C. A. I. p. 293 fg. ausdrücklich eingeschärft ist, deutlicher und bestimmter ausgedrückt sein, als dieß dort geschehen ist. Vergl. die neuesten Herausgeber zu Biener l. l. §. 237. not. 1. u. §. 6. not. 2. Pfotenhauer Besitz §. 28. p. 93. Kori l. l. §. 28. not. 2. Hänsel l. l. zu §. 40. p. 13 fg. Volkmann System §. 223. p. 99. A. M. ist Haubold l. l. §. 40. Biener selbst l. l. u. oben §. 60 bei not. 9. Der Gerichtsbrauch hat sich dieser Haubold'schen Ansicht nicht angeschlossen. Nach Höpfner Besitzrechtsmittel §. 27. p. 148 fg. und Beiträge zur civilger. Praxis I, 15. p. 86 fg. soll die mehrerwähnte Gesetzstelle nichts weiter bedeuten, als daß in petitorio erkannt werden müsse, wenn die Parteien die jura in petitorio im Processe zugleich mit geltend gemacht haben und daß es dem Kläger keineswegs freistehe, dieß durch einen ausdrücklichen Vorbehalt zu verhindern. Allein wenn dieß auch in Praxi so gehalten wird, so kann diese Praxis doch jedenfalls nicht auf das Mandat v. 28. November 1753. §. 2. gestützt werden, wo davon kein Wort steht. Vergl. Hänsel l. l. Volkmann System §. 205. not. d.

[16] Hänsel l. l. §. 5. p. 41. not. p. Vergl. wegen des Besitzstreits um Grundstücke oben §. 72 bei not. 10.

[17] Der Eidesantrag ist natürlich auch in geringfügigen und ganz geringen Besitzstreitigkeiten ausgeschlossen. Vergl. oben §. 64 bei not. 5.

[18] Haubold l. l. §. 41. p. 53 fg. Höpfner Besitzrechtsmittel §. 27. p. 148 fg. Beiträge zur civilger. Praxis I, 15. p. 86 fg. Vergl. oben §. 60 bei not. 7. Vom Spolienprocesse gilt dieß nicht. Vielmehr muß in diesem, wenn auch das Object geringfügig oder ganz gering ist, die Regel gelten: „Spoliatus ante omnia est restituendus." Hänsel zu Haubold l. l. I. §. 40. p. 55. not. m. am Ende.

[19] Haubold l. l. §. 41. p. 57.

[20] Hänsel l. l. §. 5. not. p. pag. 41. Bericht der Deput. d. II. Kammer in den Landtagsacten I. p. 305. So hat auch das Appell.-Gericht zu Dresden 1846 erkannt.

sächlich erkannt werden[21]. Die Frist, innerhalb deren der verurtheilte Provocat die Hauptklage anzustellen hat, ist eine Sächsische, mag die Provocationsklage in Form des geringfügigen oder des Bagatellprocesses angestellt worden sein[22]. Im Concursprocesse unterscheiden sich geringfügige Ansprüche von den größeren lediglich dadurch, daß auf den Beweis derselben nicht erkannt werden darf und in Betreff der Rechtsmittel und der Höhe der Kostenansätze[23]. Die Bestimmungen des Bagatellgesetzes leiden auf den Concursproceß keine Anwendung[24]. Dasselbe gilt von den übrigen Edictalprocessen. Im Handelsgerichtsprocesse gelten in Betreff geringfügiger Rechtssachen abweichende Grundsätze[25]. Der Bagatellproceß findet bei diesem Gerichte nicht Statt[26]. Ebensowenig wird in Ehesachen nach den Grundsätzen des geringfügigen oder Bagatellprocesses verfahren[27]. Von der Zulässigkeit dieser Grundsätze in Rechnungssachen ist oben die Rede gewesen[28]. Im communicatorischen Processe sind die Formen des Verfahrens in geringfügigen Rechtssachen hinsichtlich der Entscheidung, welche dann stets definitiv lauten muß, und in Betreff der Kostensätze zu beobach-

---

21 Haubold l. l. §. 41. p. 57. Volkmann System §. 223. p. 99.

22 Dieß deßhalb, weil daran weder im Mandat vom 28. November 1753 noch im Gesetz vom 16. Mai 1839 etwas geändert ist und daher in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze gelten müssen.

23 Erl. Pr.-O. XLI, 4. Haubold l. l. §. 41. p. 57.

24 Hänsel l. l. §. 5. not. p. pag. 41. Bericht der Deput. d. II. Kammer in den Landtagsacten I. p. 272.

25 Gesetz vom 21. September 1833. §. 11. Vergl. Hänsel Handelsgerichtsproceß §. 19. p. 167.

26 Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 42.

27 Hier ist das Object immer unschätzbar.

28 Siehe oben §. 11 bei not. 22 und 24. §. 71 bei not. 30. und §. 72 bei not. 23. Hänsel l. l. §. 5. not. p. pag. 41. Wird durch den Gesammtbetrag aller in der Rechnung aufgenommenen und im Processe zur Sprache kommenden Ausgabe- und Einnahmeposten die gesetzliche Höhe von 50 Thalern oder beziehendlich 20 Thalern nicht überstiegen, so liegt kein Grund vor, die Formen des Verfahrens in geringfügigen oder Bagatellsachen auszuschließen. Kommen jedoch bei Gelegenheit eines solchen Rechnungsprocesses, welcher ausnahmsweise in Form des Bagatellprocesses verhandelt wird, umfänglichere Leistungen zur Sprache, so muß der Proceß sistirt und der Kläger zur Anstellung neuer schriftlicher Klage verwiesen werden. Hinsichtlich solcher Defecte, deren Object die Höhe von 50 Thalern nicht übersteigt, kommen die Grundsätze des Verfahrens in geringfügigen Rechtssachen zur Anwendung. Ist dagegen der Gegenstand des Defects ein ganz geringer, so leiden zwar die Bestimmungen des Processes in geringfügigen Rechtssachen, nicht aber diejenigen des Bagatellprocesses Anwendung. Vergl. den Bericht der Deputat. der II. Kammer in den Landtagsacten I. p. 272. Hänsel l. l.

ten[29]. Dasselbe gilt vom Arrestprocesse[30]. Ist das Proceßobject ganz gering, so findet communicatorisches Verfahren gar nicht Statt[31].

§. 75.

Allgemeine in geringfügigen und Bagatellsachen geltende Grundsätze.

Wie in allen summarischen Processen, so gilt auch im geringfügigen und Bagatellprocesse der allgemeine Grundsatz, daß in allen denjenigen Fällen, in welchen die Gesetze oder die Natur der Sache keine Ausnahme nöthig machen, nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes verfahren werden muß[1]. An den der Natur der Sache nach wesentlichen Erfordernissen des Processes ist in beiden Proceßarten nichts geändert. Wohl aber ist dieß in Betreff der positiv wesentlichen Erfordernisse mehrfach der Fall. Namentlich finden sich derartige Abänderungen im Bagatellprocesse, wo die Verhandlungsmaxime als Grundprincip aufgehoben[2] und an deren Stelle die Instructionsmaxime[3] eingeführt, auch

---

[29] Haubold l. l. §. 41. not. i. pag. 57.

[30] Haubold l. l. §. 41. not. i. pag. 57. Natürlich ist die Frage, ob die Rechtssache eine geringfügige sei, nach dem Werthe des mit Arrest zu belegenden Gegenstands, nicht nach dem Betrage der Forderung zu beurtheilen. Haubold l. l.

[31] Demnach wird in Fällen, wo sonst das Verfahren ein communicatorisches ist, nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 16. Mai 1839 verfahren, sobald der Gegenstand den Betrag oder Werth von 20 Thalern nicht übersteigt.

[1] Haubold geringf. Rechtssachen §. 37. Im Bagatellprocesse kommen freilich die Grundsätze des ordentlichen Processes schon deshalb nicht leicht zur Anwendung, weil dieser Proceß von dem ordentlichen schon in den allgemeinen Principien wesentlich abweicht.

[2] Das Durchgreifen und Nachhelfen, welches im ordentlichen Processe unzuläßig ist — s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 52. not. 8. — wird im Bagatellgesetze dem Richter zur Pflicht gemacht. Namentlich gilt dieß von der Verhandlung im Termine und von der Entscheidung. Im Termine soll der Richter durch angemessene Fragen an die Parteien auf Feststellung des Streitpunkts selbstthätig hinwirken — Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 18 und 21. — und die Parteien zur Anzeige ihrer Bescheinigungsmittel auffordern — angez. Gesetz §. 23. Bei der Abhörung der Zeugen kann der Richter das, was keinen Einfluß auf die Entscheidung hat, weglassen, oder das, was außerdem zu Aufklärung des Sachverhältnisses nöthig ist, hinzufügen — angez. Gesetz §. 26. — auch ist es ihm gestattet, in allen Fällen Sachverständige unaufgefordert zu befragen — angez. Gesetz §. 29. Daher ist auch Verwerfung der Klage in angebrachter Maaße unstatthaft — angez. Gesetz §. 18 am Ende. Vergl. noch Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1844. IV, 95. p. 269. sub 2.

[3] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 52 am Ende. mein Lehrbuch §. 28.

das Princip der Schriftlichkeit[4] wesentlich beschränkt und an dessen Stelle der Mündlichkeit, also dem sogenannten protocollarischen Verfahren größerer Umfang eingeräumt ist[5]. Die Bagatellsachen werden also mündlich erörtert und entschieden, jedoch über das Anbringen und die verpflichtenden Erklärungen der Parteien, sowie über die ertheilten Entscheidungen kurze Protocolle aufgenommen. Indeß ist es den Parteien auch in diesem Processe gestattet, vor oder nach der mündlichen Streitverhandlung Anträge und Erklärungen schriftlich an das Gericht gelangen zu lassen und sind dieselben von der Partei selbst oder von einem Advocaten unterzeichnet, so darf sie das Gericht nicht zurückweisen[6]. Die nämlichen Abweichungen finden sich, jedoch in geringerem Grade, auch in dem Processe wegen geringfügiger Rechtssachen[7]. Desgleichen gehört es zu den charakteristischen Unterscheidungsmerkmalen beider Processe, daß die Verhandlung der unter den Begriff geringfügiger oder ganz geringer Rechtssachen fallenden Processe in Form des ordentlichen oder eines anderen summarischen Processes schlechterdings und also auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Parteien mit Genehmigung des Gerichts sich dahin ausdrücklich vereinigt haben[8]. In Betreff der Legitimation zur Sache gilt in geringfügigen Rechtssachen der Grundsatz, daß in dem Falle, wenn dieselbe zur Zeit der Entscheidung noch nicht beigebracht worden ist, auf Beibringung derselben nicht interloquirt werden darf, sondern eventuell und die nachträgliche Beibringung derselben vorausgesetzt, in der Hauptsache erkannt werden muß[9]. In Bagatellsachen sind die zur Sachlegitimation gehörigen Thatumstände sofort im Termine und

---

[4] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 57. mein Lehrbuch §. 30.

[5] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 6. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen §. 5. p. 39.

[6] Angez. Gesetz §. 10. Ueber die Erstattung der außergerichtlichen Kosten s. unten §. 96 bei not. 8. Gebühren und Auslagen für solche Proceßschriften ist die Partei ihrem eigenen Sachwalter nur dann zu entrichten verbunden, wenn sie denselben zu Entwerfung der Schriften ausdrücklich beauftragt hat. Angez. Gesetz §. 10.

[7] Bei diesen äußern sich die angegebenen Abweichungen vorzüglich bei Abfassung des Erkenntnisses und bei der Berücksichtigung der im Termine abgegebenen Erklärungen.

[8] Vergl. oben §. 71 bei not. 32. und §. 72 bei not. 26. Haubold geringf. Rechtsf. §. 39. Hänsel l. l. §. 3. not. h. pag. 34.

[9] Haubold l. l. §. 59.

zwar unter Leitung des Gerichts zu erörtern und zu bescheinigen[10]. Die Proceßlegitimation in geringfügigen Rechtssachen richtet sich nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes[11]. Indeß bedarf es keiner Syndicate. Vielmehr genügt eine von den Vorstehern der Gemeinheit oder von den einzelnen Mitgliedern derselben unterzeichnete Privatvollmacht[12]. In Bagatellsachen sollen die Parteien in Person oder durch gehörig legitimirte Bevollmächtigte vor Gericht erscheinen[13]. Das Erscheinen eines gar nicht oder nicht gehörig legitimirten Vertreters wird als gänzliches Ausbleiben betrachtet, und ist daher nachträgliche Beibringung der Vollmacht schlechterdings unzulässig, es müßte denn der Partei die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zustehen[14]. Personen, welche nach allgemeinen Grundsätzen ex mandato praesumto erscheinen dürfen[15], sind auch in Bagatellsachen ohne Weiteres, also ohne vorgängige Bestellung der cautio rati zuzulassen, haben jedoch nach der Verhandlung binnen einer vom Richter sofort zu bestimmenden Frist die Genehmigung der von ihnen vertretenen Partei beizubringen[16]. In allen anderen Fällen muß der Anwalt, welcher statt der Partei erscheint, gehörig legitimirt sein[17]. Zur Proceßlegitimation bedarf es keiner feierlichen Vollmacht. Vielmehr genügt

---

[10] Dieß folgt aus §. 21 des Gesetzes vom 16. Mai 1839. Vergl. unten §. 94. not. 10 am Ende.

[11] Mencken Diss. laud. §. 7. p. 147 fg. Haubold l. l. Biener Syst. §. 228.

[12] Kori Summ. Pr. §. 29. Haubold l. l. Wegen der städtischen und Landgemeinden s. Städteordnung vom 2. Februar 1832. §. 185. Landgemeindeordnung vom 7. November 1838. §. 54. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 165 bei not. 21.

[13] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 7.

[14] Angez. Gesetz §. 7. Genehmigt der Gegner die Zulassung eines gar nicht oder nicht gehörig legitimirten Anwalts entweder ausdrücklich, oder doch stillschweigend dadurch, daß er mit demselben verhandelt, ohne der Zulassung ausdrücklich zu widersprechen, so treten die Folgen des Ungehorsams nicht ein.

[15] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 179.

[16] Angez. Gesetz §. 8. Dieselben müssen aber sofort bescheinigen, daß zwischen ihnen und der Partei ein Verhältniß stattfinde, vermöge dessen der Auftrag bei ihnen präsumirt wird. Bringen sie innerhalb der ihnen gesetzten Frist die Genehmigung der Partei nicht bei, so wird die Letztere als ausgeblieben betrachtet und in contumaciam derselben erkannt. Indeß wird nach allgemeinen Grundsätzen auch hinsichtlich dieser Frist einmal Dilation gegeben. Vergl. auch Volkmann l. l. §. 228. not. h. pag. 122 fg.

[17] Angez. Gesetz §. 7. Ein gar nicht oder nicht gehörig legitimirter Anwalt wird also gar nicht zugelassen, der Gegner müßte denn ausdrücklich einwilligen.

die Beibringung einer von dem Machtgeber eigenhändig unterzeichneten Schrift, in welcher der Gegenstand des Streits unzweifelhaft bezeichnet und die Auftragsertheilung deutlich, wenn auch nur in allgemeinen Ausdrücken, ausgesprochen wird. Der Aufnahme einzelner Proceßhandlungen in der Vollmacht bedarf es nicht. Ebensowenig ist die Vornahme sogenannter actus specialissimi mandati von der ausdrücklichen Erwähnung derselben in der Vollmacht abhängig [18]. Mündliche Ertheilung des Auftrags zu Protocoll ist nicht ausgeschlossen [19]. Gemeinheiten und andere Genossenschaften [20] werden durch ihre Vorsteher, oder durch Abgeordnete aus ihrer Mitte, oder durch andere Bevollmächtigte vertreten [21]. Die Vorsteher haben sich nur als solche zu legitimiren [22], falls sie nicht in dieser Eigenschaft dem Gerichte bekannt sind [23]. Die Abgeordneten aber und andere Bevollmächtigte der Gemeinheit müssen sich durch eine von den Vorstehern unter Beidrückung ihres Gemeindesiegels oder von sämmtlichen [24] Gemeinde-

---

[18] Angez. Gesetz §. 8. Daher kann die Vollmacht auch in dem von dem Kläger eigenhändig unterzeichneten schriftlichen Klaganbringen ertheilt werden. Hänsel l. l. §. 6. not. f. pag. 44. Jedenfalls ist es rathsam, in die Vollmacht die Clausel aufzunehmen, daß die Partei dem Anwalte zu Fertigung schriftlicher Eingaben aller Art ausdrücklich Auftrag gebe, da der Anwalt dafür keine Gebühren und Verläge fordern kann, wenn er einen solchen Auftrag nicht hatte. Vergl. oben not. 6. Volkmann l. l. §. 235. p. 149. Da übrigens der Bevollmächtigte zu Vornahme aller actus specialissimi mandati auch dann berechtigt ist, wenn dieselben in der Vollmacht nicht erwähnt sind, so bedarf es auch der Clausel nicht, daß der Bevollmächtigte Gelder in Empfang nehmen und darüber quittiren dürfe. In dem im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846. VI, 77. p. 224 mitgetheilten Falle wurde die Appellation mit Recht verworfen, da der Substitut weder für die ganze Rechtssache substituirt, noch zu Annahme von Zahlungen im Allgemeinen beauftragt war. Keineswegs ist aber aus der mitgetheilten Entscheidung zu entnehmen, daß das App.-Gericht zu Zwickau der Ansicht sei, der Anwalt sei auch in Bagatellsachen zu Annahme von Zahlungen und Quittirung darüber nur dann berechtigt, wenn dieß in der Vollmacht ausdrücklich ausgesprochen ist.

[19] Dieß folgt aus §. 8 des angez. Gesetzes. Hänsel l. l. p. 44.

[20] Darunter sind offenbar keine Societäten, ebensowenig gewöhnliche Streitgenossenschaften, wohl aber Hüfner, Coffäten, Pferdner, Hintersässer, Fröhner und andere zu einer und derselben Classe von Berechtigten oder Verpflichteten gehörige Streitgenossen, sowie größere Compagnien zu verstehen, welche durch ein Directorium verwaltet werden. In Betreff der Ersteren ist anderer Meinung Hänsel l. l. §. 6. not. i. pag. 45.

[21] Angez. Gesetz §. 9.

[22] Dieß geschieht durch die Bestallungsurkunde, falls eine solche unter öffentlicher Autorität ausgefertigt ist, im entgegengesetzten Falle durch jede andere Bescheinigung der erfolgten Erwählung. Vergl. Hänsel l. l. not. k. pag. 45 fg. Der Zustimmung der Stadtverordneten bedarf es bei städtischen Gemeinden nicht. Angez. Gesetz §. 9.

[23] Dieß erhellt aus §. 9 des angez. Gesetzes.

[24] Die Mehrzahl der Mitglieder genügt also nicht.

gliedern ausgestellte Vollmacht legitimiren[25]. Befähigung zur juristischen Praxis wird nur zur Concipirung von Proceßschriften[26] und zum Erscheinen mit der Partei erfordert[27]. In Betreff der Intervention, Litisdenunciation und Nennung des Urhebers weicht der Proceß in geringfügigen Rechtssachen von dem ordentlichen Processe nicht ab. Nur finden dabei nach Befinden kürzere Fristen Statt[28]. In Bagatellsachen ist die Nebenintervention gar nicht, die Hauptintervention aber nur bis zur Rechtskraft des Bescheids[29], die Streitankündigung dagegen nur in eigentlichen Evictionsfällen gestattet[30] und dann vor dem Verhandlungstermine zu bewirken[31]. Von der Ertheilung des Armenrechts gelten in geringfügigen sowohl, als in Bagatellsachen die allgemeinen Grundsätze[32].

---

25 Angez. Gesetz §. 9.

26 Angez. Gesetz §. 10.

27 Vergl. Hänsel l. l. §. 6. not. d. pag. 43 und hinsichtlich der Rechtscandidaten Verordnung v. 24. Juli 1845. Statt der Partei können auch Nichtadvocaten erscheinen, wenn sie nur überhaupt als Procuratoren auftreten können. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 173. u. §. 176 bei not. 15 b u. 15 c. Volkmann System §. 228. p. 122. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 695. p. 169 fg.

28 Haubold l. l. §. 60. Der Hauptintervenient hat die in geringfügigen Rechtssachen geltenden Grundsätze natürlich ebenfalls zu berücksichtigen, wenn sein Anspruch geringfügig ist. Dieß gilt ohne Ausnahme, mag der Gegenstand des Hauptprocesses ein geringfügiger sein, oder nicht. Intervenirt Jemand wegen eines größeren Anspruchs in einer geringfügigen Rechtssache principaliter, so wird der Hauptproceß sistirt und der Interventionsproceß in Form des ordentlichen Processes abgesetzt. Vergl. Hänsel l. l. II. zu §. 60. p. 19 fg. und mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 190. Die viermonatliche Frist, um welche in Todesfällen den Erben der verstorbenen Partei die Nothfristen verlängert werden, steht denselben auch in geringfügigen Rechtssachen zu. Vergl. Erl. Pr.-O. XVII, 1. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 170. Haubold l. l. §. 60.

29 Bericht der Deput. der II. Kammer in den Landtagsacten I. p. 332. Hänsel l. l. §. 19. p. 83.

30 Bericht der Deput. der II. Kammer l. l. Hänsel l. l. §. 19. not. b. pag. 83 fg.

31 S. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 95. p. 269. mitgetheilte Entscheidung des Zwickauer Appell.-Gerichts. Volkmann System §. 228. p. 122.

32 Haubold l. l. §. 66. Hänsel l. l. §. 19. p. 84.

Dreizehntes Capitel.

Vom Verfahren in geringfügigen Rechtssachen*.

§. 76.

Von der Klage in geringfügigen Rechtssachen.

Die Klage in geringfügigen Rechtssachen kann ebensowohl mündlich zu Protocoll, als schriftlich angebracht werden[1]. Im ersteren Falle soll das Suchen des Klägers genau registrirt werden[2], im letzteren ist die Klagschrift in Briefform abzufassen und die Ueberreichung derselben mittelst besonderen Ueberreichungsschreibens unzulässig[3]. Der Kläger hat die Thatsachen, auf welche er seinen Anspruch stützt, deutlich und vollständig anzuführen und seinen Anspruch schlüssig und bündig zu begründen[4]. Auch kann[5] derselbe diese Thatsachen schon hier bescheinigen und zu diesem Zwecke Zeugen[6] oder Sachverständige[7] benennen, oder auf gerichtliche Besichtigung[8] antragen. Nach den Gesetzen würde er zu Bescheinigung des einen oder des anderen zur Begründung der Klage erforderlichen Thatumstands, auch außerhalb des ge-

---

* Mencken Diss. de processu causarum minutarum, Lips. 1743. in Opusc. V. p. 141 fg. Haubold geringf. Rechtssachen §. 36 fg. Biener Syst. §. 237 fg. Kori Summ. Pr. §. 29 fg. Volkmann System §. 222 fg. Ueber das gemeine Recht s. besonders W. H. Puchta in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß VII, 10. §. 14 fg. p. 333 fg. In Ermangelung eigenthümlicher gesetzlicher Bestimmungen gelten auch hier die Normen des ordentlichen Processes. Vergl. oben §. 75 bei not. 1. Von den Legitimationen, Interventionen, Litisdenunciationen und der auctoris nominatio ist bereits oben §. 75 die Rede gewesen.

1 Erl. Pr.-O. V, 1. Mandat v. 28. November 1753. §. 3. C. C. A. I. p. 383 fg. Schott Grundlinien p. 28. Biener l. l. §. 237 u. 228. Kori l. l. §. 29. Haubold l. l. §. 43. Bei den Obergerichten werden nur schriftliche Klagen zugelassen. Haubold l. l. §. 98.

2 Erl. Pr.-O. l. l. Angez. Mandat l. l. Diese Registratur kann auch außerhalb des Gerichtsbezirks aufgenommen werden. Erl. Pr.-O. II, 4. Haubold l. l. §. 43. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 128.

3 Biener l. l. §. 237. Haubold l. l. §. 43.

4 Angez. Mandat l. l. Der Rechtsgrundsatz wird hier fast immer weggelassen.

5 Nothwendig ist dieß, abgesehen von dem Falle, wenn der Kläger sich des Eidesantrags bedienen will — s. unten bei not. 10. — hier noch nicht, da die Bescheinigung bis zur Acteninrotulation erfolgen kann. S. unten §. 77 am Ende.

6 Dann werden gewöhnlich und zweckmäßig Bescheinigungspunkte beigelegt. S. unten §. 78 bei not. 4 u. 29.

7 Siehe unten §. 78 bei not. 40.

8 Siehe unten §. 78 bei not. 40.

mischten Executivprocesses, schon hier Urkunden induciren, und daher vom Beklagten neben der Einlassung auf die Klage sub poena confessi et convicti, auch Recognition der im Original oder in Abschrift beigelegten Urkunden sub poena recogniti fordern können [9]. Allein nach der Praxis wird ihm dieß nur in den Fällen des gemischten Executivprocesses gestattet. Den Eid muß der Kläger, wenn er sich dieses Bescheinigungsmittels rücksichtlich der Klagunterlagen bedienen will, nach der in der Praxis herrschenden durch die Gesetze keineswegs gerechtfertigten Ansicht, wie im ordentlichen Processe, sofort in der Klagschrift antragen [10]. Hat der Kläger wegen eines geringfügigen Objects Executiv- oder Wechselklage erhoben, so gelten hinsichtlich der sofortigen Liquidität des Klaggrunds und des Präjudizes für den Beklagten die diesen beiden Proceßarten eigenthümlichen Grundsätze [11]. Objective Cumulation mehrerer Klagen wird hier leichter als im ordentlichen Processe [12] zugelassen [13]. Desgleichen ist die subjective Cumulation der Ansprüche mehrerer Kläger oder eines Klägers gegen mehrere Beklagte nach allgemeinen Grundsätzen gestattet, es müßte denn daraus Verwirrung zu befürchten sein [14]. Die Aufnahme der Replik in die Klagschrift ist auch in geringfügigen Rechtssachen in der Regel zu widerrathen [15]. Abänderung der

---

9 Biener l. l. §. 238. Haubold l. l. §. 44. u. 49. not. a.

10 Auf §. 5 des Mandats v. 28. November 1753 kann man sich zu Rechtfertigung dieser in der Praxis herrschenden Ansicht nicht berufen, da dort nur gesagt ist, daß der Eid bei der Klaganstellung angetragen werden könne, nicht daß dieß geschehen müsse. Vgl. Mencken l. l. §. 19. p. 160 fg. Hommel Anleitung zum Referiren §. 162. Biener Syst. §. 236. not. 8. Haubold l. l. §. 52. Kori l. l. §. 30. p. 39. Volkmann System §. 224. p. 104. Höpfner in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IX, 10. p. 272.

11 Vergl. oben §. 74. nach not. 1.

12 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 216.

13 Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 1. C. C. A. I. p. 383 fg. Biener l. l. §. 238. Haubold l. l. §. 44. Die Verbindung einer Executivklage mit anderen aus Urkunden nicht liquiden Ansprüchen ist nicht zulässig.

14 Griebner Discurs p. 90. de Schellwitz Comm. laud. cap. 2. §. 59 fg. Schott Grundlinien p. 18 fg. Haubold l. l. §. 44. Kori l. l. §. 29. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen II. zu §. 44. not. a. pag. 14. Volkmann System §. 224. p. 103. Nach Biener l. l. §. 55. not. 10. soll die subjective Cumulation auch in geringfügigen Rechtssachen nur dann gestattet sein, wenn ein Kläger gegen mehrere Beklagte auftritt, welche nicht Streitgenossen sind, nicht aber dann, wenn mehrere Kläger gegen einen Beklagten klagbar werden. Richtiger wird die Entscheidung der Frage in allen Fällen dem richterlichen Ermessen überlassen. S. Hänsel l. l. Vergl. auch die in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. VII. p. 68 fg. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums v. 23. August 1847.

15 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 215.

Klage wird bis zur Inrotulation der Acten[16] jederzeit gestattet, und kann also der Eidesantrag, dessen sich der Kläger bedient hat, von demselben auch dann widerrufen werden, wenn der Beklagte ihn bereits acceptirt hatte[17]. Jedoch wird nach dem Gerichtsbrauche, wie im ordentlichen Processe, so auch in geringfügigen Rechtssachen, sobald der Kläger seine Klage abändert, die Anberaumung eines neuen Termins nöthig[18], es müßte sich denn der Beklagte mit der Abänderung einverstanden erklären[19]. Der Kosten wegen braucht der Kläger keine Sicherheit zu bestellen[20].

§. 77.

Von der Ladung, dem Verhörstermine und dem rechtlichen Verfahren in geringfügigen Rechtssachen.

Die Vorladung zum Verhörstermine in geringfügigen Rechtssachen[1] wird schriftlich[2] und sub praejudicio[3] erlassen

16 Nachher muß liti renuncirt werden. Vergl. Erl. Pr.=O. V, 9. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 219. u. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846. VI, 86. p. 262 mitgetheilte Entscheidung des Appell.=Gerichts zu Dresden.

17 Biener l. l. Haubold l. l. §. 44. Dagegen kann nach erfolgter Abhörung der Zeugen der Eid über die nämlichen Thatsachen nicht mehr angetragen werden, da dieß nicht als mutatio in modo probandi, sondern als eine unzulässige Cumulation der Bescheinigungsmittel zu betrachten ist. So hat auch das Appell.=Gericht zu Dresden 1844 erkannt.

18 Haubold l. l. §. 44. Volkmann System §. 224. p. 104. Vergl. auch das bei Hänsel l. l. II. zu §. 44. not. f. pag. 14 fg. mitgetheilte Erkenntniß des Leipziger Appell.=Gerichts. Dieß wird auf den Grund von Erl. Pr.=O. V, 9. angenommen. In solchem Falle muß der Kläger dem Beklagten die vergeblich aufgelaufenen Kosten erstatten. Erl. Pr.=O. V, 9. Haubold l. l. §. 44 am Ende.

19 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 219.

20 Rescript vom 15. December 1725. C. C. A. I. p. 275. auch in der Ober=Lausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824. §. 18. sub 3. Rescript v. 11. April 1755. Mencken Diss. laud. §. 8. p. 148 fg. Hommel Rhaps. Obs. 14. Schott Grundlinien §. 6. p. 29. Bauer Respons. I, 8. Biener l. l. §. 237. Kori l. l. §. 30. Haubold l. l. §. 64. Volkmann System §. 220. not. a. pag. 96 fg.

1 Die Zurückweisung a limine judicii kommt nicht leicht vor, ist aber keineswegs ganz unstatthaft. Namentlich gilt dieß im Falle der Incompetenz, wenn Prorogation des Gerichtsstands unzulässig ist, im Falle einer offenbar zur Verwirrung führenden Cumulation oder wenn die Unmöglichkeit eines Anspruchs aus den angeführten Thatsachen klar und unzweifelhaft hervorgeht ꝛc. Vergl. Mandat v. 28. November 1753. §. 3. C. C. A. I. p. 383 fg.

2 Angez. Mandat l. l. Ist Gefahr im Verzuge, so kann ausnahmsweise auch mündlich vorgeladen werden. Angez. Mandat l. l. am Ende. Der andere dort angeführte Ausnahmsfall findet jetzt keine Anwendung mehr. Vergl. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 1 fg. Volkmann System §. 224. p. 104.

3 Angez. Mandat von 1753. l. l. Haubold geringfügige Rechtssachen

und muß den Erfordernissen der Vorladungen in größeren Sachen im Allgemeinen ebenfalls entsprechen[4]. Indeß bedarf es zu dem anberaumten Verhörstermine keiner Sächsischen Frist. Vielmehr soll dazu nur ein Zeitraum von 14 Tagen bis höchstens 3 Wochen gestattet werden[5]. Zugleich mit dem Verhörstermine wird ein Inrotulationstermin anberaumt[6]. Auch müssen der Ladung an den Beklagten die Klage oder das über das Klaganbringen aufgenommene Protocoll, sowie andere Klagbeilagen in Abschrift beiliegen[7]. Nach der Praxis wird der Verhörstermin bisweilen nur eventuell anberaumt und dem Beklagten gleich im Eingange der Ladung aufgegeben, den Kläger klaglos zu stellen — monitorium cum eventuali termino[8]. Das ungehorsame Ausbleiben der Parteien oder einer derselben im Verhörstermine hat die nämlichen Folgen, wie im ordentlichen Processe[9]. Sind

---

§. 45. Sind der Klage Urkunden beigelegt und hat der Kläger nur Recognition dieser Urkunden gefordert, so gelten die Regeln des Executivprocesses — vergl. oben §. 74. u. §. 76 bei not. 11. — Auch der gemischte Executivproceß ist zulässig. Ist außerhalb der Fälle dieses gemischten Executivprocesses vom Kläger neben der Recognition von Urkunden, Einlassung und Antwort auf die Klage gefordert worden, so hat der Richter, wie in großen Sachen — s. oben §. 35 bei not. 3 — nach seinem Ermessen entweder geringfügigen Executivproceß, oder das gewöhnliche Verfahren in geringfügigen Rechtssachen einzuleiten, da der Gerichtsbrauch nach dem oben §. 76 bei not. 9 Gesagten Urkundenbescheinigung bei der Klage noch nicht zuläßt.

[4] Nach der Praxis werden die Parteien auch hier aufgefordert, binnen 7 Tagen mit einander zu verfahren. Dieß läßt sich strenggenommen keineswegs rechtfertigen. Vergl. unten bei not. 16. und die in dieser Note angezogene Gesetzstelle.

[5] Angez. Mandat §. 3. Haubold l. l. Weniger als 14 Tage darf der Termin nicht enthalten. Denn der Fall, wo dieß früher gestattet wurde, ist in Folge des Gesetzes v. 16. Mai 1839 in Wegfall gekommen. Vergl. auch Kori Summ. Pr. §. 29. not. 4. p. 37.

[6] Bisweilen wird auch der Publicationstermin schon hier anberaumt. Sind die Parteien zur Publication nur „nach Befinden" oder sonst in unbestimmten Ausdrücken vorgeladen worden, heißt es z. B. in der Ladung, daß sich die Parteien der Inrotulation der Acten und deren Versendung nach rechtlichem Erkenntnisse oder nach Befinden der Bekanntmachung eines Bescheids zu gewärtigen haben, so ist die Ladung ungültig. Vergl. das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1842. II, 82. p. 299. mitgetheilte Erkenntniß des Bautzener Appell.-Gerichts.

[7] Angez. Mandat §. 3. Von der Behändigung der Ladung gelten die allgemeinen Grundsätze. Angez. Mandat l. l.

[8] Mencken Diss. laud. §. 12. p. 153 fg. Haubold l. l. §. 45. Kori l. l. §. 29.

[9] Haubold l. l. §. 48. Kori l. l. §. 30. Namentlich muß auch hier dem ausgebliebenen Kläger zum Antrage auf neue Ladung eine Sächsische Frist gestattet werden. Biener Syst. §. 237. Haubold l. l. §. 48. Andrerseits muß der Beklagte, wenn er ausblieb, des Klaggrunds für geständig und über-

beide Parteien in diesem Termine erschienen, so werden ihre Erklärungen sorgfältig zu den Acten protocollirt[10]. Führt der Vergleichsversuch, auf welchen hier vorzügliche Mühe zu verwenden ist[11], zu keinem Resultate, so kann, wenn sich die Sache schon jetzt vollständig übersehen läßt, sofort im Termine ein Protocollarbescheid ertheilt werden[12]. Im entgegengesetzten Falle werden die Parteien zum rechtlichen Verfahren verwiesen[13]. Die Zulassung von Advocaten im Termine hängt vom richterlichen Ermessen ab[14]. *Das Verfahren* ist zwar, wie im ordentlichen Processe, in gewechselten Sätzen abzusetzen[15], aber wenigstens gesetzlich an eine siebentägige Frist keineswegs gebunden. Vielmehr genügt es nach der richtigeren Ansicht, wenn die Sätze vor dem Inrotulationstermine, oder doch noch in demselben zu den Acten gebracht werden[16]. Auch von der in anderen Proceßarten vorgeschriebenen Vertheilung der Fristen im Septiduum findet sich in den Gesetzen nichts. Allein nach einem neueren Gerichtsbrauche werden die in anderen Processen vom Septiduum und

---

führt erachtet werden, es müßte denn, nach der Natur der Proceßart, ein anderes Präjudiz vorgeschrieben und in der Ladung angedroht sein.

[10] Dieß deßhalb, weil die Parteien nicht nur überhaupt an diese Erklärungen gebunden sind, sondern weil auch namentlich die Erklärungen des Beklagten im Verhörstermine, obschon er an der Absetzung des Verfahrens sich versäumt und auf den Grund der Klage sich nicht schriftlich erklärt hat, bei Abfassung des Bescheids berücksichtigt werden müssen. Hommel Rhaps. Obs. 217. Haubold l. l. §. 46.

[11] Angez. Mandat §. 4. Biener l. l. §. 237. Haubold l. l. §. 46.

[12] Angez. Mandat §. 4. Kori l. l. §. 30. Dieß geschieht nicht leicht, sollte aber dann, wenn beide Parteien damit einverstanden sind, und ausdrücklich darauf antragen, wenn irgend möglich, nicht verweigert werden.

[13] Biener l. l. §. 237. Haubold l. l. §. 46. Kori l. l. §. 30.

[14] Angez. Mandat §. 4. Haubold l. l. §. 59. Vergl. hierzu Mittermaier im Archiv für die civil. Praxis IX, 14. p. 293. Derselbe d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. §. IV. p. 119 fg.

[15] Bei dem vormaligen Appellationsgerichte wurde schriftliches Verfahren nicht gestattet, sondern mündlich im Termine verfahren und sofort beschieden. Haubold l. l. §. 98.

[16] Angez. Mandat §. 5, wo es ausdrücklich heißt: „wie denn Beklagter vor Abfassung des Decisi, oder Versendung der Acten, dasjenige, was er zur Ablehnung der Klage anzuführen vermeint, ebenfalls, bei dessen Verlust, beizubringen hat." Auf die Beibringung der Bescheinigung läßt sich dieß füglich nicht beschränken. Biener l. l. §. 238. Haubold l. l. §. 47 und 49. Kori l. l. §. 30. und die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1842. II, 82. p. 299 mitgetheilte Entscheidung des Bautzener Appellationsgerichts. Nach dem Inrotulationstermine braucht der Richter in keinem Falle Sätze anzunehmen. Dagegen sind Compromisse der Parteien auf Prorogation des Inrotulationstermins zwar von der Genehmigung des Gerichts abhängig, aber nicht unzulässig.

von der Vertheilung der Fristen in demselben geltenden Grundsätze allgemein auch auf das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen angewendet. Daher muß der Einlassungssatz bei Verlust desselben am 4ten oder spätestens am 6ten Tage der siebentägigen Frist eingereicht werden[17]. Einer feierlichen Einlassung bedarf es indeß nicht, indem jede vollständige, deutliche und bestimmte Erklärung des Beklagten auf die in der Klage behaupteten Thatsachen genügt, sollte auch dieselbe nur im Termine mündlich abgegeben und das Verfahren vom Beklagten gar nicht abgesetzt worden sein[18]. Hat sich daher der Beklagte zwar speciell, aber fehlerhaft eingelassen, so kann er deßhalb nicht für geständig und überführt geachtet werden, wenn nur die Dunkelheit oder der Widerspruch nicht die Hauptsache betrifft[19]. Vom Verlust nicht vorgeschützter Exceptionen gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes[20]. Auch wird der Beklagte im Falle des ungehorsamen Ausbleibens im Termine, ingleichen in dem Falle, wenn er den Grund der wider ihn erhobenen Klage geläugnet und den ihm über die Klage angetragenen Eid stillschweigend oder ausdrücklich acceptirt hat, seiner peremtorischen Ausflüchte verlustig[21].

---

[17] Siehe die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 20. p. 56. 1854 N. F. II, 109. p. 416. und in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. V. p. 300. mitgetheilten Entscheidungen. Volkmann System §. 224. p. 105. Diese analoge Ausdehnung der über die Vertheilung der Fristen im Septiduum sonst geltenden Bestimmungen auf das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen wird weder durch das Mandat v. 28. November 1753, noch durch das Gesetz vom 27. October 1834 gerechtfertigt. Vergl. oben not. 16. Indeß lassen sich gegen die Zweckmäßigkeit der gesetzlichen Bestimmung allerdings erhebliche Bedenken geltend machen.

[18] Mencken Diss. laud. §. 13. p. 154 fg. Hommel Rhaps. Obs. 26. Schott Grundlinien p. 30. Biener l. l. §. 237 am Ende. Haubold l. l. §. 47. Kori l. l. §. 30. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 20. p. 55. Daher bedarf es keiner punktweise erfolgten Einlassung.

[19] Kluegel Diss. de lite sine adpendice contestanda, Viteb. 1782. §. 1. Biener l. l. §. 237. Haubold l. l. §. 47. Demnach bedarf es in dem Falle, wenn Beklagter sich über wesentliche Thatsachen in der Klage gar nicht erklärt hat, keiner Bescheinigung von Seiten des Klägers. Vielmehr tritt die poena confessi et convicti ein. So hat auch das Appell.-Gericht zu Dresden 1840 erkannt. Auch genügt es keineswegs, wenn der Beklagte nur im Allgemeinen erklärt hat, er läugne den Grund der Klage. Vielmehr hat er in allen Fällen auf die thatsächlichen Klagunterlagen ausdrücklich Bezug zu nehmen. Noch weniger kann es natürlich ausreichen, wenn er nur im Allgemeinen der Klage widersprochen hat, eine Formel, die man beim Protocolliren möglichst vermeiden sollte.

[20] Biener Opusc. III, 60. 61 und 62. v. Langenn und Kori Erörterungen pract. Rechtsfragen I, 19. Hänsel ganz geringfügige Rechtssachen II. zu §. 46 und 47. p. 15.

[21] Vergl. Hänsel l. l. zu §. 52. p. 16 fg. und mein Handbuch des Sächs.

Von der Vorschützung von Exceptionen, welche die Grenzen der Proceßart übersteigen, ist oben die Rede gewesen[22]. War der geringfügige Anspruch in Form einer einfachen oder gemischten Exetutivklage geltend gemacht, so sind auch die Exceptionen nur in soweit zu berücksichtigen, als dieß nach den Grundsätzen des Executivprocesses gestattet ist[23]. Die Bescheinigung der von den Parteien behaupteten Thatsachen muß in allen Fällen freiwillig unternommen und vor der Abfassung des Erkenntnisses oder der Versendung der Acten zum Verspruch beigebracht werden[24].

§. 78.

Von der Bescheinigung und Gegenbescheinigung in geringfügigen Rechtssachen.

Bei der Bescheinigung der von den Parteien in geringfügigen Rechtssachen behaupteten Thatsachen und der Gegenbescheinigung, welche dem oben Gesagten zu Folge[1] im Laufe des Verfahrens und zwar ohne vorhergegangene Aufforderung dazu unternommen werden muß[2], fallen alle Förmlichkeiten weg. Daher bedarf es dazu keiner besonderen Proceßschrift und keiner articulirten Form[3]. Hat sich eine Partei dieser Form bedient, so belegt man die von derselben in dieser Form eingereichte Proceß-

---

ordentl. Pr. §. 232, sowie die im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. l. l. mitgetheilte entgegengesetzte Ansicht des Appell.-Gerichts zu Zwickau.

22 S. oben §. 73 bei not. 30.

23 Siehe darüber oben §. 37.

24 Erl. Pr.-O. I, 6. Angez. Mandat §. 3 und 5. Biener l. l. §. 238 und 230. Haubold l. l. §. 47. Kori l. l. §. 30. und unten §. 78. Reicht also eine Partei ihre Bescheinigung nach dem Schluß des Verfahrens, aber vor der Abfassung des Bescheids oder Versendung der Acten ein, so muß ein neuer Inrotulationstermin anberaumt werden. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 117. p. 344.

1 Vergl. oben §. 77 am Ende.

2 Die Abfassung des Bescheids oder Versendung der Acten wird auf ausdrücklichen Antrag des Betheiligten leicht verschoben, ohne daß es einer Bescheinigung des Verhinderungsgrunds bedarf. Vergl. Biener Syst. §. 238. Kori Summ. Pr. §. 30. Volkmann System §. 225. p. 108. Bei der abermaligen Beantragung der Aufschiebung möchte einige Bescheinigung des Verhinderungsgrunds erforderlich sein. Einer solennitas legalis bedarf es aber nicht. Wernher Obs. For. P. IX. Obs. 180. Biener l. l. Haubold geringfügige Rechtssachen §. 47 und 49. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1842. II, 82. p. 299.

3 Nur beim Zeugenbeweise ist diese gewöhnlich, und in der Regel rathsam. Haubold l. l. §. 49. not. c.

schrift mit dem Namen von Bescheinigungspunkten[4]. Die auf die Bescheinigung oder Gegenbescheinigung bezüglichen Schriften und deren etwaige Beilagen werden dem Gegner nicht zugefertigt. Vielmehr hat derselbe dasjenige, was in dieser Beziehung geschehen ist, unmitttelbar aus den Acten zu ersehen[5]. Da übrigens die Bescheinigung sowohl, als die Gegenbescheinigung an keine bestimmte Frist gebunden ist, so ist es gleichgültig, ob dieselbe im ersten oder letzten Satze, ja sogar nach dem Inrotulationstermine unternommen wird, falls nur der Bescheid noch nicht abgefaßt, oder die Versendung der Acten noch nicht erfolgt ist[6]. Die Bescheinigungsmittel, deren sich die Parteien bedienen, werden nicht gemeinschaftlich und können daher die Parteien von denselben während des Verfahrens jederzeit wieder abgehen, sogar den vom Gegner acceptirten Eidesantrag nach Belieben widerrufen, und andere Bescheinigungsmittel substituiren[7]. Ueber die Zulässigkeit der Bescheinigungs- und Gegenbescheinigungsmittel und über die Stärke der herbeigeschafften Bescheinigungs- und Gegenbescheinigungsgründe wird im Verfahren gestritten. Productions- und Reproductionsverfahren, sowie Hauptverfahren finden daher in diesem Processe nicht Statt[8]. Der Eidesantrag ist das gewöhnlichste Beweismittel in geringfügigen Rechtssachen[9]. Die für den ordentlichen Proceß eingeführten gesetzlichen Beschränkungen der Zulässigkeit dieses Beweismittels gelten jedoch auch in dieser Proceßart[10]. Namentlich kann derselbe nicht mit

[4] Kori l. l. §. 30.

[5] Biener l. l. §. 238. Haubold l. l. §. 49. p. 69. Volkmann System §. 225. p. 108. Namentlich gilt dieß auch von den producirten Bescheinigungs- und Gegenbescheinigungsurkunden und von den Protocollen über die Zeugenaussagen. Haubold l. l. §. 49. not. e.

[6] Mandat v. 28. November 1753. §. 5. C. C. A. I. p. 383 fg. Haubold l. l. §. 50. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 73. p. 192. Ueber den Eidesantrag s. oben §. 76 bei not. 10. und unten bei not. 12. Auch Additionalpunkte sind zulässig.

[7] Haubold l. l. §. 49. not. b. pag. 68. Kori l. l. §. 30. Nur darf dieß nicht zum Verschleif der Sache geschehen. Haubold l. l. und §. 51. p. 73. Streitig ist, ob diese mutatio in modo probandi nach Publication des Bescheids, aber vor dem Eintritte der Rechtskraft, also bei Gelegenheit der Einwendung eines Rechtsmittels noch zulässig sei, allein nach der richtigeren Ansicht zu verneinen. Vergl. hierüber Haubold l. l. §. 49. not. b. Biener l. l. §. 85 am Ende.

[8] Wernher Obs. For. P. VIII. Obs. 294. Biener l. l. §. 230. Haubold l. l. §. 49.

[9] Biener l. l. §. 238. Haubold l. l. §. 52. Vergl. auch Mandat v. 28. November 1753. §. 5. C. C. A. I. p. 383 fg.

[10] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 258 und 262.

anderen Bescheinigungsmitteln cumulirt werden[11]. Der Kläger muß dieses Bescheinigungsmittel, wenn er sich desselben überhaupt zur Bescheinigung der Klagunterlagen bedienen will, bei Verlust desselben sofort bei der Klaganstellung brauchen[12]. Der Gegner hat sich über Annahme oder Zurückgabe des deferirten Eides sofort im Termine oder doch im Laufe des Verfahrens zu erklären, widrigenfalls derselbe für angenommen geachtet wird[13]. Gewissensvertretung ist ganz unzulässig[14]. Der Eid muß auch hier durch rechtskräftiges Erkenntniß oder durch Compromiß auferlegt sein, bevor mit der Ableistung verfahren werden kann[15]. Die Form dieser Eidesleistung ist die gewöhnliche[16]. Namentlich bedarf es auch bei der Anberaumung des Schwörungstermins einer vollen Sächsischen Frist[17]. Einseitiges Erbieten zum Eide ist in geringfügigen Rechtssachen ebenso unzulässig, wie im ordentlichen Processe[18]. Die Zulässigkeit des Würderungseides

---

[11] Hänsel ganz geringfügige Rechtssachen II. zu §. 52. p. 16. Bei verlangter Edition von Urkunden ist eventueller Eidesantrag auch hier gestattet.

[12] Siehe oben §. 76 bei not. 10.

[13] Mandat v. 28. November 1753. §. 5. C. C. A. I. p. 383 fg. Fälschlich behauptete Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. I, 6. p. 26, die Relation sei ganz ausgeschlossen. Auch gilt die Regel: „negans non excipit jurejurando delato et acceptato" wie im ordentlichen Processe. Vergl. oben §. 77 bei not. 21.

[14] Angez. Mandat §. 5. Hommel Rhaps. Obs. 334. Biener l. l. §. 238. Haubold l. l. §. 54. Kori l. l. §. 30. p. 39. Hänsel l. l. II. zu §. 54. not. c. pag. 18 fg. Volkmann System §. 225. p. 108. Indeß fällt der angetragene Eid weg, wenn der Beklagte durch Zeugen oder Urkunden im Laufe des Verfahrens dargethan hat, daß des Klägers Angaben falsch seien. Vergl. hierzu Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 30. Gewissermaßen ist dieser Fall als Gewissensvertretung ebenfalls anzusehen. Allein diese minder förmliche Gewissensvertretung muß vor der Abfassung des Bescheids oder der Versendung der Acten angetreten werden. Auch bleibt der Regreß zum Eide bei ihr offen. Gleichergestalt kann sie auf die Bescheinigung von Ausflüchten gerichtet werden. Vergl. Hänsel l. l. A. M. ist, jedoch mit Unrecht, Volkmann l. l. p. 109, welcher nicht berücksichtigt, daß eine solche unfeierliche Gewissensvertretung sogar in Bagatellsachen gestattet ist. Vergl. unten §. 89 bei not. 6.

[15] Haubold l. l. §. 55 am Ende. Nach dem Mandate v. 28. Novbr. 1753. §. 4 u. 5. sollte jedenfalls die sofortige Eidesleistung im Termine zugelassen werden. Nach Analogie des Gesetzes v. 16. Mai 1839. §. 32. ist dieß jetzt keinenfalls mehr zulässig.

[16] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 260. S. jedoch wegen des Judeneides Gesetz v. 30. Mai 1840. §. 9. sub a. und c.

[17] Erl. Pr.-O. XVIII, 7. Haubold l. l. §. 55. S. jedoch die von Volkmann l. l. §. 226. not. h. pag. 113. hiergegen geltend gemachten sehr erheblichen Bedenken und Haubold l. l. not. a, wo mitgetheilt wird, daß das vormalige Appellationsgericht anderer Meinung gewesen sei.

[18] Haubold l. l. §. 54.

richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen [19]. Urkunden müssen, gleichviel ob sie zur Bescheinigung oder zur Gegenbescheinigung dienen, in allen Fällen vor Abfassung des Erkenntnisses oder Versendung der Acten zum Verspruch im Original zu den Acten gebracht werden [20]. Einer ausdrücklichen Aufforderung zur Recognition von Seiten des Producenten bedarf es zwar nach der richtigeren Ansicht nicht; indeß wird es vorsichtig sein, dieselbe beizufügen [21]. Edition der Urkunden kann im gewöhnlichen Wege gefordert werden [22]. Dritten Personen hat der Richter zu diesem Zwecke eine Sächsische Frist zu gestatten [23]. Ist die Edition vom Gegner gefordert worden, so wird sie diesem unter den gewöhnlichen Präjudizien aufgegeben [24]. Hat sich der Gegner über die Aechtheit der von einer Partei producirten Privaturkunden bis zum Schlusse des Verfahrens nicht erklärt, so muß das Erkenntniß von der noch zu bewirkenden Recognition oder Diffession abhängig gemacht werden [25]. Indeß kann der Richter den Gegner auch vor der Abfassung des Bescheids oder Versendung der Acten zur Recognition mit 8 bis 14tägiger Frist peremtorisch vorladen [26]. Hat der Kläger Executivklage erhoben, so gelten in Betreff des Urkundenbeweises die Bestimmungen des Executivprocesses [27]. Die Zeugen können entweder sofort im Verhörstermine von der bescheinigenden Partei sistirt und in diesem Termine ohne Aufenthalt vereidet und abgehört werden [28], oder es kann die Partei

---

19 Kori l. l. §. 30. p. 41. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 265.

20 Mandat v. 28. November 1753. §. 5. Haubold l. l. §. 50. p. 70.

21 So hat das Appell.-Gericht zu Dresden aus erheblichen Gründen sich ausgesprochen.

22 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 273 fg. Im Urkundenprocesse gelten die dieser Proceßart eigenthümlichen Grundsätze in Betreff der Edition auch dann, wenn der Proceßgegenstand geringfügig ist. Vergl. oben §. 74.

23 Erl. Pr.-O. XXVI, 3. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 290. Kori l. l. §. 30. p. 39. Volkmann System §. 225. p. 110. Die Ladung ist so einzurichten, daß die Urkunde zum Termine eintreffen kann. Haubold l. l. §. 50. p. 70. Daher muß der Termin in solchem Falle weiter, als sonst gewöhnlich, hinausgeschoben werden. Haubold l. l. p. 71.

24 Haubold l. l. §. 50. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 290.

25 Biener l. l. §. 238. Haubold l. l. §. 50. Kori l. l. §. 30. p. 38 fg.

26 Hänsel zu Haubold l. l. I. §. 50. not. d. Volkmann System §. 225. p. 110.

27 Vergl. oben §. 74 bei not. 2.

28 Haubold l. l. §. 51. Kori l. l. §. 30.

Bescheinigungspunkte übergeben und um Vorladung und Abhörung der denominirten Zeugen bitten. Auch ist es gestattet, sofort bei Einreichung der Klage, oder im Termine, oder später noch und zwar bis zur Abfassung des Bescheids oder Versendung der Acten Zeugenrotuln beizubringen[29]. Ebenso reicht es aus, wenn die Partei in einem Satze die thatsächlichen Umstände kurz angiebt, über welche die Zeugen abgehört werden sollen[30]. In Betreff der Vorladung, Vereidung und Abhörung der Zeugen gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes[31]. Namentlich dürfen auch hier die Parteien bei der Abhörung nicht zugegen sein[32]. Fragstücke werden nicht zugelassen[33]. Indeß kann sich der Gegner der nämlichen Personen als Gegenbescheinigungszeugen bedienen[34]. Mehrmalige Abhörung derselben Zeugen, sowie Production neuer Zeugen, wenn die früher producirten ungünstig aussagten, ist zulässig[35]. Die Zeugen werden übrigens nicht eher abgehört, als bis der Gegner sich über die zu bescheinigenden Thatsachen erklärt hat, da durch Zugeständnisse desselben die Abhörung überflüssig werden kann[36]. Zeugenrotuln werden nicht erfordert. Vielmehr genügen die über die Abhörung der einzelnen Zeugen aufgenommenen Protocolle, welche zu den

---

[29] Ueber die Competenz zur Vereidung und Abhörung der Zeugen s. jedoch Verordnung v. 21. März 1820. §. 7. Früher konnten die Zeugen auch vor anderen Gerichten abgehört werden. Zeugenrotuln werden nicht erfordert. S. unten bei not. 38.

[30] Haubold l. l. §. 51. Vergl. auch W. H. Puchta in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß VII, 10. §. 20. p. 346. Mittermaier im Archiv für die civil. Praxis IX, 14. p. 234.

[31] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 294. Ueber die Competenz zur Abhörung s. Verordnung v. 21. März 1820. Die Vereidung muß daher auch hier vor der Abhörung erfolgt sein. S. das in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung III. p. 264 fg. mitgetheilte Erkenntniß des Dresdner Appell.-Gerichts. Die Form des Zeugeneides der Juden ist, wie im ordentlichen Processe, so auch hier, eine einfachere. Gesetz v. 30. Mai 1840. §. 9. sub a. u. c.

[32] Kori l. l. §. 30. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 294.

[33] Mencken Diss. laud. §. 18. p. 160. Biener l. l. §. 238. Haubold l. l. §. 51. Kori l. l. §. 30. Volkmann System §. 225. p. 110. Dieß deßhalb, weil die Bescheinigungsmittel nicht gemeinschaftlich werden. Vergl. oben bei not. 7.

[34] Biener l. l. Haubold l. l. Siehe auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 55. p. 175 fg. Ackermann Rechtssätze N.F. IV, 571. p. 159 fg.

[35] Biener l. l. Haubold l.l. Kori l.l. §. 30. Vergl. oben bei not. 7 und diese Note selbst.

[36] Haubold l. l. §. 51. p. 73.

Acten genommen werden[37]. Die Competenz in Betreff der Zeugenabhörung richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen[38]. Hinsichtlich der Bescheinigung durch gerichtliche Besichtigung und durch Sachverständige hat das Verfahren nichts Eigenthümliches[39]. Die Beweiskraft der einzelnen Beweismittel wird ebenfalls nach den im ordentlichen Processe geltenden Grundsätzen beurtheilt. Namentlich muß auch im Processe wegen geringfügiger Rechtssachen der Beweis stets voll geführt sein[40] und stehen dem Richter, wenn dieß nicht der Fall ist, diejenigen Hülfsmittel zu Gebot, deren er sich zu Herstellung juristischer Gewißheit im ordentlichen Processe bedienen kann[41]. Versäumt sich der Kläger an der Bescheinigung der factischen Unterlagen seiner Klage, so geht ihm das Recht verloren, die unbescheinigt gebliebenen Thatsachen in einer neuen Klage für sich geltend zu machen. In Betreff des Verlusts der Exceptionen, an deren Beweise der Beklagte sich versäumte, gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes[42].

§. 79.

Von der Entscheidung in geringfügigen Rechtssachen.

Die Entscheidung in geringfügigen Rechtssachen wird entweder vom Proceßgericht selbst gefällt, oder von der Spruchbehörde eingeholt[1]. Dieselbe wird in minder feierlicher Form als Decisum abgefaßt[2] und ist ihrem Inhalte nach in der Regel so-

---

[37] Schott Grundlinien §. 9. p. 33. Haubold l. l. §. 51 am Ende. Kori l. l. §. 30. p. 39. Volkmann System §. 225. p. 110. S. hierzu v. Gönner Handbuch IV, 71. §. 14. p. 41 fg.

[38] Verordnung v. 21. März 1820. S. oben not. 29. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 294.

[39] Haubold l. l. §. 56. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 279 u. 280.

[40] v. Gönner Handbuch IV, 71. §. 14. p. 41 fg. v. Grolman Theorie §. 229. v. Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit rc. II, 12. §. 15. p. 327 fg. Haubold l. l. §. 49. Kori l. l. §. 30.

[41] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 303. vergl. mit §. 244. Namentlich häufig ist der Gebrauch der Legaleide. S. unten §. 79.

[42] Vergl. Wernher Obs. For. P. VII. Obs. 28. Hommel Rhaps. Obs. 397. Biener l. l. §. 69. not. 8. Kori l. l. §. 31. p. 42. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 19. A. M. ist Haubold l. l. §. 58. Siehe aber Hänsel dazu I. not. d. pag. 83.

[1] Erl. Pr.-O. I, 6. Mandat v. 28. November 1753. §. 4. C. C. A. I. p. 383 fg. Biener Syst. §. 239. Haubold geringf. Rechtss. §. 67. Volkmann System §. 226.

[2] Angez. Mandat l. l. Biener l. l. Hommel Anleitung zum Referiren §. 24. p. 34. Haubold l. l. §. 68. Kori l. l. §. 31.

fort definitiv[3]. Nur ausnahmsweise wird interloquirt, wenn der Kläger im Verhörstermine ausgeblieben ist[4], wenn der ausgebliebene Beklagte wegen fehlerhafter Ladung nicht verurtheilt werden kann[5], wenn Zeugen, welche eine Partei gehörig ernannt hat, durch Schuld des Richters nicht abgehört, oder sonst Bescheinigungsmittel durch Schuld des Richters nicht benutzt worden sind[6], oder wenn dem ausgebliebenen Beklagten oder einer Partei, welche sich an der Bescheinigung versäumte, die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht[7]. Die Endentscheidung kann von einem freiwilligen oder Nothеide, von Beibringung der Sachlegitimation oder von Recognition einer Urkunde abhängig gemacht werden, also bedingt sein[8]. War die angestellte Klage eine Executivklage, so wird der Beklagte mit seinen illiquiden Ausflüchten zur Widerklage oder zur besonderen Ausführung verwiesen[9]. Von der Modalität der Entscheidung in dem Falle, wenn der Beklagte einen Gegenanspruch geltend gemacht hat, welcher die Grenzen der Proceßart übersteigt, ist oben die Rede gewesen[10]. Wurde in geringfügigen Rechtssachen nur auf provisorische Regulirung des Besitzstands geklagt und auch wirklich nur über den jüngsten Besitz erkannt, so muß dem unterliegenden Theile die ordentliche Besitzklage oder die petitorische Klage ebenso vorbehalten werden, wie in größeren Rechtssachen[11]. Die Entscheidung kann, wie im ordentlichen Processe,

---

[3] Nach Erl. Pr.=O. I, 6. und Mandat vom 28. November 1753. §. 4. soll der Richter ex bono et aequo, jedoch den Rechten und seinem besten Wissen und Gewissen nach entscheiden. Auch auf Ersatz der „erweislichen" Schäden wird erkannt. Biener l. l. §. 240. not. 3. u. unten §. 81 bei not. 6. Vergl. Haubold l. l. §. 21. not. a. u. §. 56.

[4] Haubold l. l. §. 85. Kori l. l. §. 31. p. 42.

[5] Haubold l. l. §. 85. Kori l. l. §. 31. p. 42. Im Fall des terminus circumductus wird nicht interloquirt, wie Kori l. l. fälschlich behauptet.

[6] Haubold l. l. §. 58 am Ende u. §. 85. Kori l. l. §. 31. p. 42.

[7] Haubold l. l. §. 58 am Ende u. §. 85. Kori l. l. Volkmann l. l. §. 226. p. 112. Restitution gegen Versäumnisse des Sachwalters wird nach gleichen Grundsätzen ertheilt, wie im ordentlichen Processe. Haubold l. l. §. 85. not. d. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 174. Auf Beibringung der Sachlegitimation wird nicht interloquirt. S. unten bei not. 8. Haubold l. l. §. 59. Kori l. l. §. 31.

[8] Wird auf Eid erkannt, so wird bei der Entscheidung möglichst nicht nur auf den Fall Rücksicht genommen, daß der Eid geleistet würde, sondern auch auf den Fall der Nichtleistung. Biener l. l. §. 239. u. unten bei not. 16.

[9] Vergl. oben §. 20. 29 fg. u. 74.

[10] S. oben §. 73 bei not. 30.

[11] Vergl. oben §. 74 bei not. 15. und diese Note selbst.

ebensowohl abweisend[12], als lossprechend oder verurtheilend[13] lauten. Uebrigens ist der Gebrauch der Notheide in diesem Processe häufiger, als im ordentlichen und der Richter, dessen Cognition überhaupt unbeschränkter ist[14], berechtigt und verpflichtet, über alle streitige Punkte dergestalt zu entscheiden, daß darüber kein neuer Streit entstehen kann[15]. Wird die Entscheidung bedingt gefällt, so wird, soweit möglich, nicht nur auf den Fall, wenn die Bedingung eintritt, sondern auch auf den entgegengesetzten Fall Rücksicht genommen, damit für den Fall des Nichteintritts der Bedingung kein neues Erkenntniß nöthig werde[16]. Indeß kann auch nach eingetretener Rechtskraft der Endentscheidung ausnahmsweise eine neue Entscheidung nöthig werden, wenn die Endentscheidung eine bedingte war und über den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung Streit entsteht[17]. Das Decisum kann zwar sofort im Verhörstermine gefällt und publicirt werden, wenn die Sache schon in diesem zur Entscheidung

---

[12] Und zwar ebensowohl schlechterdings als in angebrachter Maaße. Haubold l. l. §. 43 u. 83. Kori l. l. §. 29. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen II. zu §. 43. not. g. pag. 14. Die ehemals übliche Formel „Klägers Blatt... befindliches Suchen hat nicht Statt" ist in der Verordnung v. 9. Februar 1833 als zu unbestimmt, ausdrücklich gemißbilligt.

[13] Der Kläger kann nicht verurtheilt werden. Biener l. l. §. 239. Haubold l. l. §. 53. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 168. u. oben §. 73 bei not. 29.

[14] Vergl. oben §. 75. Denn die Verhandlungsmaxime gilt hier nicht in dem Umfange, wie im ordentlichen Processe und ist daher das sogenannte „Durchgreifen" oder „Nachhelfen" hier allerdings gestattet, soweit es nur dazu dient, ohne Verletzung wohlerworbener Rechte allen unnöthigen Weitläufigkeiten vorzubeugen. Vergl. Haubold l. l. §. 72. Kori l. l. §. 31. Bülow u. Hagemann pract. Erörtr. VI, 59. VII, 62. W. H. Puchta in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß VII, 10. §. 21 fg. p. 346 fg. Ueber sogenannte „Schnitterurthel", welche eine Verletzung wohlerworbener Rechte der Parteien enthalten, s. Hommel Rhaps. Obs. 417. Vergl. noch oben §. 75. not. 2.

[15] Auch wird bisweilen auf einen Notheid erkannt, wenn die von einer Partei durch Eidesantrag unternommene Bescheinigung nicht ausreicht und dabei auf diejenige Partei vorzüglich Rücksicht genommen, welche am offensten zu Werke gegangen ist. Haubold l. l. §. 57. Volkmann System §. 225. p. 111. In der Abhandlung von Schaffrath Abh. No. 39. p. 252. ist auf dasjenige, was oben §. 1. nach not. 5. und §. 70. nach not. 3. gesagt ist, zu wenig Rücksicht genommen worden. Vom Ideale eines guten Proceßverfahrens muß in geringfügigen Rechtssachen nothwendig mehr oder weniger abstrahirt werden.

[16] Vergl. auch oben not. 8.

[17] Namentlich gilt dieß dann, wenn im Schwörungstermine über die Zulässigkeit der Eidesleistung neuer Streit entsteht. Haubold l. l. §. 87. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 260 bei not. 39.

reif ist[18], wird aber in der Regel und zwar sobald ein rechtliches Verfahren abgesetzt ist, nothwendig in einem dazu anberaumten Publicationstermine nach den im ordentlichen Processe geltenden Grundsätzen eröffnet[19]. Von der Leistung rechtskräftig auferlegter Eide ist bereits oben die Rede gewesen[20].

§. 80.

Von den Rechtsmitteln in geringfügigen Rechtssachen.

In geringfügigen Rechtssachen kann gegen Erkenntnisse sowohl, als gegen das Verfahren einmal appellirt werden. Bei dem, was auf diese Appellation verordnet wird, hat es unbedingt sein Bewenden[1]. Daher sind in denjenigen geringfügigen Rechtssachen, welche bei Untergerichten anhängig sind, die Bezirks-Appellationsgerichte die letzte Instanz[2]. War die Rechtssache in erster Instanz bei einem Bezirks-Appellationsgerichte anhängig, so entscheidet über die eingewendete Appellation sofort das Ober-Appellationsgericht[3]. Leuterung ist in geringfügigen Rechtssachen gänzlich ausgeschlossen[4]. Das Verfahren auf eingewendete Appellation weicht von dem Verfahren im ordentlichen Processe nicht ab[5]. Indeß darf die Appellation niemals zur Justification angenommen werden[6]. Die über Appellationen gegen Erkennt-

---

18 Erl. Pr.-O. I, 6. Mandat v. 28. November 1753. §. 4. C. C. A. I. p. 383 fg. Hommel l. l. Obs. 69. Haubold l. l. §. 88. Volkmann l. l. §. 226. p. 112.

19 Alte u. Erl. Pr.-O. XXXIV. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 120. Insinuation in vim publicati ist unzulässig. Leyser Med. ad Pand. Sp. 654. med. 9. Haubold l. l. §. 88. A. M. ist ohne Grund Hommel l. l. Der Auth. „Nisi breves" Cod. de sent. ex periculo recitandis VII, 44, auf welche sich derselbe beruft, steht die Bestimmung der Alten u. Erl. Pr.-O. l. l. entgegen.

20 Vergl. oben §. 78 nach not. 14.

1 B. Gesetz vom 28. Januar 1835. §. 19 u. 33. Hänsel zu Haubold geringf. Rechtss. I. §. 92 b. pag. 115 fg. Derselbe ganz geringf. Rechtss. II. zu §. 92 b. not. m. pag. 22. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 30. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 51. p. 135. Ueber das ältere Recht s. Mandat vom 13. März 1822. §. 32. Haubold l. l. §. 89 fg. Kori Summ. Proc. §. 31. Eine Anwendung dieser Bestimmung auf den ordentl. Proceß findet sich im Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 8. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 38. u. oben §. 73. not. 9.

2 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 35.

3 B. Gesetz §. 19. vergl. mit §. 15 u. 22.

4 B. Gesetz §. 19 u. 22. Verordnung v. 28. März 1835. §. 14.

5 B. Gesetz §. 22. Die Berichtserstattung soll unverzüglich geschehen. Mandat v. 28. November 1753. §. 7. C. C. A. I. p. 383 fg.

6 B. Gesetz §. 22. Haubold l. l. §. 93.

nisse in zweiter Instanz gefällten Entscheidungen werden in einem zu diesem Zwecke anberaumten Publicationstermine eröffnet, die auf Appellationen gegen das Verfahren erlassenen Verordnungen der Oberbehörde aber in vim publicati insinuirt[7]. In Betreff der außerordentlichen Rechtsmittel bestimmen die Gesetze nichts Eigenthümliches[8]. Frivole Einwendung von Rechtsmitteln wird gestraft[9]. Namentlich sollen ohne hinlänglichen Grund eingewendete Appellationen gegen das Verfahren bei der Rejection an den Parteien nebst deren Advocaten hart geahndet, auch die dabei aufgelaufenen Kosten zu den vollen Beträgen angesetzt und die Concipienten zu Erstattung der Unkosten aus eigenen Mitteln angehalten werden[10].

§. 81.

Von der Hülfsvollstreckung in geringfügigen Rechtssachen.

Die Hülfsvollstreckung in geringfügigen Rechtssachen weicht von der im ordentlichen Processe nicht ab[1]. Indeß gelten von ihr doch einige besondere Bestimmungen. Namentlich soll die Hülfe wegen geringfügiger Ansprüche in die Substanz der dem Schuldner zugehörigen Grundstücke[2] überhaupt soviel als möglich vermieden werden[3], es müßte denn zu besorgen stehen, daß dem Gläubiger bei unterlassener Hülfsvollstreckung die Vortheile der Erstigkeit im Concurse verloren gehen möchten[4]. Demnach hat der Richter bei der Hülfsvollstreckung in geringfügigen Rechts-

---

[7] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 339 bei not. 38.

[8] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 340 fg.

[9] Mandat vom 28. November 1753. §. 8 u. 9. C. C. A. I. p. 383 fg. S. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 311 bei not. 4. §. 316 bei not. 8. §. 336 bei not. 8.

[10] Angez. Mandat §. 8 u. 9.

[1] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 349 fg. Volkmann System §. 226. p. 113.

[2] Die Inhibition der sämmtlichen Miethzinsen und Pachtgelder eines Grundstücks ist keine Sequestration und ohne Unterschied gestattet. Haubold geringf. Rechtssachen §. 95. not. d.

[3] Nach Mandat vom 28. November 1753. §. 9. C. C. A. I. p. 383 fg. sollen die Immissiones, Sequestrationes, Auctiones und Subhastationes, so viel immer möglich, vermieden und dagegen durch Auspfändung, datio in solutum praevia taxatione judicis, oder auf eine andere convenable und legale Art, welche dem Schuldner am leichtesten fällt, dem Kläger zu dem Seinigen ungesäumt verholfen werden. Vergl. Haubold l. l. §. 95.

[4] Verordnung vom 9. April 1836. §. 3. sub a. Executionsgesetz v. 28. Februar 1838. §. 45 am Ende. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 360 bei not. 15.

sachen den Anfang mit den aussenstehenden Forderungen des Schuldners und mit dem Mobiliar desselben auch dann zu machen, wenn der Gläubiger einen entgegenstehenden Antrag gestellt hat[5]. Ist in einer geringfügigen Rechtssache auf Ersatz der erweislichen Schäden erkannt, so bedarf es, falls die Schäden die Grenze der causa minuta übersteigen, immer der Anstellung ordentlicher Schädenklage[6]. Im Falle der Intervention einer dritten Person im geringfügigen und ordentlichen Processe, welche auf das dem Intervenienten zustehende Eigenthum an abgepfändeten Sachen gestützt ist, kann der Intervenient, wenn sein Anspruch geringfügig ist, ohne vorausgegangene Bescheinigung zur eidlichen Bestärkung seines Rechts zugelassen werden[7]. Ebenso hat im Falle der erfolgten Inhibition einer Forderung der Schuldner des Schuldners bei Ausführung seiner geringfügigen Gegenansprüche gegen die inhibirte Post die Vorschriften des Processes in geringfügigen Rechtssachen zu berücksichtigen[8]. Hat der Kläger seinen geringfügigen Anspruch in Form des Executionsprocesses geltend gemacht, so ist dem Beklagten in der Hülfsauflage statt der Sächsischen, nur eine 14tägige Frist zu gestatten[9]. Dagegen steht dem Beklagten im Executionsprocesse, wenn die geklagte Post eine größere ist, zu Vorbringung seiner geringfügigen Einwen-

---

[5] Angez. Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 9. Erl. Pr.-O. XXXIX, 7. Executionsgesetz §. 48. Biener Syst. §. 240 u. 216. Kori Summ. Pr. §. 31. Haubold l. l. §. 95. Hänsel dazu II. p. 23.

[6] Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 51. p. 167 fg.

[7] Executionsgesetz §. 55. Nach den Worten dieses Gesetzes ist es nicht ganz unzweifelhaft, ob es in solchem Falle des schlüssigen Vorbringens bedarf, mittelst dessen der Intervenient das behauptete Recht an der Sache, bei Verlust desselben, binnen 14 Tagen zu verfolgen hat, und ob die Zulassung zur eidlichen Bestärkung erst nach abgesetztem Verfahren zwischen dem Gläubiger und dem Intervenienten im Bescheide, oder ohne vorgängigen Bescheid sofort bei der Geltendmachung des Eigenthums erfolgen könne. Die neuere Praxis hat sich für die erstere Meinung entschieden, obwohl die Worte des Gesetzes: „Bei geringfügigen Gegenständen — kann derselbe auch sofort zur eidlichen Bestärkung des von ihm behaupteten Rechts gelassen werden" offenbar den Gegensatz zu der unmittelbar vorausgegangenen Anordnung bilden, daß das Gericht die Betheiligten über das Vorbringen des Intervenienten zu hören und sodann selbst zu entscheieen habe, und obwohl der andere Fall, in welchem die eidliche Bestärkung nachgelassen ist, „wenn für das Anführen des Dritten größere Wahrscheinlichkeit vorhanden ist" füglich nicht von einer im Laufe des Verfahrens beigebrachten, sondern von einer von Anfang an vorhandenen inneren Wahrscheinlichkeit verstanden werden kann. Vergl. noch Hänsel l. l.

[8] Hänsel l. l.

[9] Executionsgesetz §. 89. S. oben §. 42.

dungen, die ganze in der Hülfsauflage gestattete Sächsische Frist offen[10].

§. 82.

Von den Proceßkosten in geringfügigen Rechtssachen.

Von der Compensation und Erstattung der Proceßkosten in geringfügigen Rechtssachen gelten die allgemeinen Grundsätze[1]. Die Höhe der gerichtlichen und außergerichtlichen Gebühren ist gesetzlich herabgesetzt[2] und denjenigen Richtern und Advocaten, welche diese gesetzliche Taxe überschreiten, mit dem vierfachen Ersatze des zu viel Erhobenen[3] gedroht[4]. Die Verläge des Gerichts und der Sachwalter unterliegen auch in geringfügigen

---

[10] Hänsel l. l. Hierher kann man auch rechnen, daß nach der Praxis bei Unterlassungen nur 5 Thaler Strafe auferlegt werden, während bei solchen in größeren Rechtssachen gewöhnlich eine Geldstrafe von 20 Thalern angedroht wird. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 356. u. §. 371 bei not. 2. Haubold l. l. §. 69 am Ende.

[1] Mandat v. 28. November 1753. §. 4. C. C. A. I. p. 383 fg. Haubold geringf. Rechtss. §. 64. Vergl. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 198 fg.

[2] Angez. Mandat §. 10. Rescript vom 10. Februar 1816. C. III. C. A. I. p. 376. Verordnung v. 26. November 1840. Verordnung v. 21. December 1840. Volkmann System §. 223. p. 96. u. not. a. daselbst. Assessurgebühren sollen in diesem Processe gar nicht liquidirt werden. Angez. Rescript von 1816. und wegen der Ober-Lausitz Verordnung vom 5. März 1832. Auf Canzleigebühren leiden die Bestimmungen über die Höhe der Kosten in geringfügigen Rechtssachen keine Anwendung. Rescript vom 25. October 1803. C. III. C. A. I. p. 201, auch in der Ober-Lausitz gültig nach Mandat v. 3. April 1824. §. 18. sub 23. Vergl. Haubold geringf. Rechtssachen §. 61 u. 96. Kori Summ. Proc. §. 31 am Ende. Verfahren und Termin können nebeneinander liquidirt werden. So hat sich das Justizministerium am 28. Mai 1842 u. am 2. November 1846 ausgesprochen. Im Fall des Compromisses, daß eine größere Rechtssache als geringfügige verhandelt werden solle, dürfen die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten höher liquidirt werden. Vergl. oben §. 71 bei not. 32. und unten §. 96. not. 5. Dieß gilt auch von den Gerichtskosten, wenn frivol gegen das Verfahren appellirt worden ist. Angez. Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 9 am Ende, vergl. mit Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 45. Hänsel ganz geringf. Rechtss. II. zu §. 39. p. 13. u. oben §. 80 am Ende. Diese Bestimmungen in Betreff der Kostenansätze leiden nach der Verordnung v. 17. April 1845 auch auf geringfügige Verwaltungsstreitigkeiten analoge Anwendung. Ueber ganz geringe Verwaltungsstreitigkeiten siehe unten §. 96. not. 5 am Ende.

[3] Nicht des zu viel Liquidirten. Haubold l. l. §. 61. not. k.

[4] Mandat v. 28. Novbr. 1753. §. 10 am Ende; vergl. mit Rescript vom 31. März 1784. C. II. C. A. I. p. 585 fg., wo bestimmt wird, daß dieß in Betreff der fixirten Königlichen Justizbeamteten nicht gelten solle. Biener Syst. §. 240. Haubold l. l. §. 61. Der Strafbetrag ist von Richtern und Advocaten aus eigenen Mitteln zur Gerichtssportelcasse zu zahlen. Angez. Mandat v. 1753. l. l. Haubold l. l. §. 63.

Rechtssachen keiner Beschränkung[5]. Die Stempelbeträge sind geringere[6]. Advocaten, welche geringfügige Rechtssachen zu übernehmen sich weigern, werden mit Suspension oder Remotion von der Praxis[7], Richter aber, welche die Expedition aus Gefährde verzögern, mit einer Ordnungsstrafe von 100 Gülden und anderen härteren Strafen belegt, welche sie aus eigenen Mitteln zu erlegen haben[8]. Die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten mußten schon nach älterem Rechte vor der Inrotulation der Acten bei Verlust zu den Acten liquidirt werden[9]. Die Beitreibung der Proceßkosten darf vor der Rechtskraft des Erkenntnisses nicht erfolgen[10]. In Betreff der Ertheilung des Armenrechts gelten auch hier die allgemeinen Grundsätze[11].

Vierzehntes Capitel.

Vom Verfahren in Bagatellsachen.

§. 83.

Von der Anmeldung des Anspruchs.

Da das Verfahren in Bagatellsachen ein mündliches protocollarisches ist[1], so bedarf es der Einreichung einer Klagschrift nicht, um dasselbe zu veranlassen. Vielmehr genügt es, wenn der Kläger dem zuständigen Gerichte[2] den Namen, Stand und Wohnort des Beklagten, den Grund und Gegenstand des Anspruchs

---

[5] Angez. Mandat v. 1753. §. 10. Dasselbe gilt von den Meilengebühren. Haubold l. l. §. 61.

[6] Siehe Gesetz v. 13. September 1850.

[7] Da die Advocaten nach ihrem Eide Sachen, welche sie für ungerecht halten, ablehnen müssen, so ist diese Bestimmung gewissenlosen Advocaten gegenüber illusorisch.

[8] Alte Pr.=O. XXXIX, 1. Angez. Mandat v. 1753. §. 11. Biener l. l. §. 240. Haubold l. l. §. 63.

[9] Angez. Mandat v. 1753. §. 10. vergl. mit Rescript v. 25. Octbr. 1803. C. III. C. A. I. p. 201. Biener l. l. Haubold l. l. §. 62. Kori l. l. §. 31.

[10] Angez. Mandat v. 1753. §. 10. vergl. mit Erl. Pr.=O. XXXVI, 2. Biener l. l. §. 46. Obs. 2. Haubold l. l. §. 61 am Ende.

[11] Haubold l. l. §. 66 u. oben §. 75 am Ende.

[1] S. oben §. 75 bei not. 5.

[2] In Betreff der Zuständigkeit gelten die allgemeinen Grundsätze.

mit deutlicher Bezeichnung desselben[3], auch mit genauer Angabe des Geldbetrags oder Werths mündlich oder schriftlich anzeigt und um Vorladung des Gegners bittet. Eine nähere Substanziirung der Klage wird bei diesem Anbringen nicht erfordert[4]. Indeß kann eine solche mit dem schriftlichen Gesuche um Vorladung allerdings verbunden werden[5]. Die in anderen Proceßarten mit der Anstellung der Klage verbundenen Wirkungen[6] treten hier mit der Anmeldung des Anspruchs ein. Außerdem ist es den Parteien auch gestattet, ohne vorgängige Anmeldung und Ladung gemeinschaftlich an Gerichtsstelle sich zu begeben und auf sofortige Erörterung und Entscheidung ihres Streits anzutragen[7]. Das Gericht hat einem solchen Gesuche, wenn es zur gewöhnlichen Gerichtszeit oder an einem zu dergleichen Verhandlungen etwa besonders bestimmten Gerichtstage angebracht wird, unverzüglich Statt zu geben, soweit dieß ohne Nachtheil für andere bereits vorher angeordnete oder dringendere Geschäfte geschehen kann[8]. In diesem Falle treten die Wirkungen, welche in anderen Proceßarten mit der Klaganstellung[9] und der Ladung zum Verhörstermine[10] verbunden sind, mit dem Angeben zur terminlichen Verhandlung gleichzeitig ein.

§. 84.

Vorladung der Parteien zum Verhandlungstermine.

Die Vorladung der Parteien erfolgt mittelst Bestellzettels[1].

---

[3] Es genügt also nicht, zu sagen: „wegen Schuld“. Vergl. unten §. 84. not. 6. Ueber die Frage, ob wegen des nämlichen Anspruchs mehrmals geklagt werden könne, und ob ein Vorbehalt anderer Klaggründe zulässig sei, siehe unten §. 94. not. 4. Von der objectiven Cumulation mehrer Klagen s. oben §. 72 bei not. 18 u. 19.

[4] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 11. Ueber die Folgen dieser Bestimmung s. unten §. 85. not. 13.

[5] In solchem Falle wird aber die bei der Anmeldung des Anspruchs überreichte Klagschrift dem Gegner bei der Vorladung zum Verhandlungstermine nicht zugefertigt. Indeß kann diese Klagschrift vom Verklagten vor dem Termine an Gerichtsstelle eingesehen werden.

[6] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 205 bei not. 16 fg.

[7] Angez. Gesetz §. 16.

[8] Angez. Gesetz §. 16. vergl. mit Gesetz v. 4. Novbr. 1840 u. Verordnung dazu §. 2.

[9] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 205 bei not. 16 fg.

[10] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 223.

[1] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 12. Bei subjectiver Klagenhäufung wird

Mündliche Vorladung durch den Gerichtsboten ist nur dann gestattet, wenn die Sache gar keinen Aufschub leidet, also Gefahr im Verzuge liegt, darf jedoch auch dann keineswegs peremtorisch erlassen werden. Bleibt daher die mündliche Bestellung unbefolgt, oder kommt unter den Parteien, wenn sie auf eine solche erschienen, eine Vereinigung nicht zu Stande, so kann eine Entscheidung vom Gericht nicht sofort ertheilt werden, es müßten denn die Parteien darauf ausdrücklich compromittiren[2]. Vielmehr sind in solchem Falle die Parteien auf einen anderen Termin durch Bestellzettel vorzuladen[3]. Die Kosten der vergeblichen mündlichen Ladung und des Termins fallen dem Kläger zur Last[4]. Die Bestellzettel müssen enthalten den Namen, Stand und Wohnort[5] der Parteien, den Gegenstand und Betrag des Anspruchs mit kurzer Bezeichnung des speciellen Grunds, worauf er beruht[6], den zur Verhandlung bestimmten Termin unter Angabe der Terminsstunde[7], die Verfügung an den Beklagten, den Kläger zu befriedigen und die geschehene Befriedigung noch vor dem Termine nachzuweisen[8], zugleich aber für den Fall, daß dieser Auflage nicht Folge geleistet werden sollte, die Vorladung beider

---

es, wenigstens dann, wenn dieselbe eine passive ist, immer der Ausfertigung mehrer einzelner Bestellzettel bedürfen. Siehe die in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VII. p 72. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums v. 23. August 1847. Ueber die in solchem Falle nach Befinden nöthig werdende Sonderung der einzelnen Ansprüche s. oben §. 72. not. 21.

[2] Angez. Gesetz §. 12. Demnach kann sogar der Kläger der sofortigen Entscheidung in der Sache einseitig widersprechen. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen §. 7. not. d. pag. 47.

[3] Angez. Gesetz §. 12.

[4] Dieß beruht auf allgemeinen Grundsätzen, an welchen in Betreff der Kostenerstattung auch im Bagatellprocesse nichts geändert ist. Vergl. unten §. 96. Da außergerichtliche Kosten niemals restituirt werden, so beschränkt sich auch hier die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung nur auf die Gerichtskosten.

[5] Dieß ist vorgeschrieben, um allen Streitigkeiten über die Identität der Erschienenen mit den Parteien möglichst vorzubeugen. Vergl. hierzu Hänsel l. l. §. 7. not. f. pag. 48.

[6] Es genügt also keineswegs, wenn es im Bestellzettel heißt: „wegen Schuld". Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 67. sub I. p. 176. Vielmehr ist eine solche Ladung nichtig. So hat auch das Appell.-Gericht zu Dresden 1846 erkannt. S. auch oben §. 83. not. 3.

[7] Siehe unten §. 85.

[8] Hier ist also das Monitorium cum eventuali termino, welches schon in geringfügigen Rechtssachen zulässig ist, für alle Fälle vorgeschrieben.

Parteien zum gesetzlichen[9] Erscheinen im Termine[10] und zur mündlichen Verhandlung über den streitigen Anspruch und zwar des Klägers zum Anbringen seiner Klage und des Verklagten zur bestimmten Erklärung darüber. Außerdem wird für diesen Letzteren die Verwarnung beigefügt, daß er im Fall seines Ausbleibens oder der unterlassenen Erklärung des Klagvorbringens für geständig und überführt und seiner mit dem Klagvorbringen in Verbindung stehenden[11] Ausflüchte für verlustig[12] werde geachtet werden. Auch hat das Gericht im Bestellzettel den Parteien bemerklich zu machen, daß dieselben die auf das angezeigte Schuldverhältniß sich beziehenden Urkunden mit zur Stelle zu bringen, auch die etwaigen anderen Beweismittel im Termine anzuzeigen und nach Erörterung der Sache die sofortige Ertheilung eines Bescheids zu erwarten haben[13]. Auf Anstellung eines Vergleichsversuchs ist die Ladung nicht gerichtet[14]. Auch werden die Parteien nicht bei 5 Thaler Strafe vorgeladen[15]. Die dem Verklagten einzuräumende Frist darf höchstens acht Tage in sich fassen[16], wenn nicht die besondere Verfassung des Gerichts ein

---

[9] Hinsichtlich der persona standi in judicio gelten die allgemeinen Grundsätze. Darauf muß also bei der Erlassung der Bestellzettel Rücksicht genommen werden. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 165. Persönliches Erscheinen der Parteien wird nicht erfordert. S. unten §. 85 am Ende.

[10] Auch die Stunde muß im Bestellzettel ausgedrückt sein, weil darnach die Contumaz der Parteien zu berechnen ist. S. Gesetz v. 4. Novbr. 1840. §. 2. Verordnung dazu §. 1 u. 3. Fehlt es an der Angabe der Stunde, so wird der Bestellzettel deßhalb keineswegs nichtig. Es können aber in solchem Falle die Bestimmungen des angez. Gesetzes v. 4. Novbr. 1840 in Betreff des Ungehorsams nicht zur Anwendung kommen. Vielmehr muß dann die allgemeine Regel gelten. Hänsel l. l. §. 7. not. o. pag. 50. Vergl. unten §. 85.

[11] Ueber den Begriff dieser connexen Ausflüchte s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 231.

[12] Es gilt also auch hier die Regel „contumax non excipit." Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 232. In Betreff der Frage, inwieweit in solchem Falle die für diesen Proceß verloren gegangenen Ausflüchte später in Form besonderer Klage geltend gemacht werden können, enthält der Bagatellproceß nichts Eigenthümliches. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 236. Vergl. hierzu Hänsel l. l. §. 7. not. g. pag. 48 fg.

[13] Gesetz v. 16. Mai 1339. §. 13.

[14] Hänsel l. l. §. 7. p. 49.

[15] Hänsel l. l.

[16] Der Termin soll also in der Regel spätestens am 9ten Tage nach der Behändigung der Ladung an den Beklagten angesetzt sein. Nichtigkeit hat die Nichtbeobachtung dieser Bestimmung in keinem Falle zur Folge. Landtagsmittheilungen von 1837. p. 1800. Volkmann l. l. §. 229. not. g. pag. 125.

Anderes erfordert[17], oder der Kläger selbst eine längere Frist beantragt oder bewilligt[18]. Dagegen wird zu Erlassung einer peremtorischen Ladung an den Verklagten eine Frist von mindestens 4 Tagen erfordert, welche zwischen dem Tage der Behändigung des Bestellzettels und dem Termine mitten inne liegen muß[19]. Unter Einräumung einer kürzeren Frist kann der Verklagte nur dann mittelst Bestellzettels peremtorisch vorgeladen werden, wenn er am Gerichtsorte gegenwärtig ist und die Sache keinen längeren Aufschub leidet[20], oder wenn der Verklagte selbst in die Festsetzung einer kürzeren Frist einwilligt[21]. Die Behändigung der Bestellzettel an die Parteien erfolgt nach den Regeln des ordentlichen Processes[22]. Besteht eine Partei aus

---

[17] Namentlich galt dieß früher von Patrimonialgerichten auf dem Lande, bei welchen nur von Zeit zu Zeit Gerichtstage gehalten wurden. Hänsel l. l. §. 7. not. p. pag. 50.

[18] Angez. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 14.

[19] Angez. Gesetz §. 14.

[20] Angez. Gesetz §. 14. Darauf, ob der Beklagte am Gerichtsorte wohnt, kommt nichts an, sondern bloß darauf, ob ihm daselbst der Bestellzettel insinuirt werden kann. Vergl. Hänsel l. l. §. 7. not. r. pag. 50 fg. Beide Voraussetzungen müssen übrigens gleichzeitig stattfinden. Im entgegengesetzten Falle ist die Ladung nichtig. Volkmann l. l. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 12. p. 36. Das Appell.-Gericht zu Dresden hat 1843 in einem Falle, wo in foro contractus geklagt und Beklagter zum Jahrmarkte anwesend war, zum Eintritte der Contumaz eine zweitägige Frist genügen lassen.

[21] Dieß folgt aus §. 16 des Gesetzes. Die Einwilligung kann auch stillschweigend erklärt werden, wenn der Beklagte im Termine erscheint, ohne gegen die in dem Bestellzettel gestattete Frist Einwendungen geltend zu machen. Uebrigens kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch der Kläger auf Gestattung einer viertägigen Frist Anspruch machen kann, um sich auf den Verhandlungstermin vorzubereiten. Dieß erhellt aus §. 16 des Gesetzes.

[22] Nach der Verordnung v. 1. October 1846. §. 2. können sich in allen Fällen die Gerichte, statt der Behändigung durch einen Gerichtsboten oder durch Requisition, innerhalb Landes auch der unmittelbaren Zusendung durch die Post unter der Voraussetzung bedienen, daß die Behändigung einem immatriculirten Sachwalter zu geschehen hat, daß die Partei entweder selbst oder durch einen Bevollmächtigten vorher ausdrücklich erklärt hat, die Zusendung der Ladungen unmittelbar durch die Post als legale Insinuation anzuerkennen und daß zur Zusendung und postamtlichen Insinuation ein wirklicher Posttransport mittelst einer ordinären Fahr- oder Botenpost von dem Postorte der Aufgabe nach einem anderen Postorte erforderlich wird. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so ist die Behändigung durch Uebersendung mit der Post schlechterdings unzulässig. Dieß gilt auch in Bagatellsachen. Die Behändigung durch Anschlag des Bestellzettels an der Thür ist möglichst zu vermeiden. Hänsel l. l. §. 8. not. k. pag. 53. Wird die Ladung durch Requisition behändigt, so bedarf es keiner förmlichen Requisition und keiner Recognition von Seiten des requirirten Gerichts. Vielmehr wird der Bestellzettel in doppelten Exemplaren ausgefertigt und dem competenten Gerichte mit der unter den einen derselben gebrachten Notiz übersendet, daß dasselbe dieses Exemplar als documentum insinuationis vollzogen zurückschicken möchte. Hänsel l. l. §. 19. not. k. pag. 85.

mehreren Streitgenossen, so ist der für dieselbe bestimmte Bestellzettel einem jeden der Streitgenossen zu insinuiren und dann bei demjenigen zurückzulassen, welchem derselbe zuletzt insinuirt wird[23]. Die Behändigung der Ladung hat die gewöhnlichen Wirkungen[24]. Darüber, binnen welcher Frist das Gericht die Bestellzettel auszufertigen und zu behändigen habe, ist im Gesetze nichts bestimmt und gelten daher in dieser Beziehung die Grundsätze des ordentlichen Processes, wornach die Ladung zum Verhörstermine binnen längstens 14 Tagen erfolgen soll[25]. Zum Nachweis der erfolgten Vorladung und Behändigung ist ein zweites Exemplar des an Beklagten ergangenen Bestellzettels ausgefüllt und mit der nöthigen Bemerkung, daß auch der Kläger vorgeladen worden, als Concept zu den Acten zu nehmen und mit der Insinuationsregistratur zu versehen[26]. Haben sich beide Parteien zur terminlichen Verhandlung freiwillig sistirt[27], so bedarf es natürlich keiner Ladung. Ist das Gericht in solchem Falle behindert, die Verhandlung sofort vorzunehmen, so können die Parteien entweder mit Genehmigung des Gerichts auf einen bestimmten Termin compromittiren, oder ohne ein solches Compromiß zu einer anderen Zeit wiederum sich sistiren[28]. Zeigen die Parteien dem Gericht schriftlich oder mündlich an, daß sie auf einen von ihnen bezeichneten Termintag compromittirt haben, so hat das Gericht ein solches Compromiß zu genehmigen, so weit dieß ohne Nachtheil für andere bereits zuvor angeordnete, oder dringendere Geschäfte geschehen kann[29]. Einer besonderen Vorladung mittelst Bestellzettels bedarf es natürlich auch in solchem Falle nicht[30].

---

[23] Verordnung v. 16. Mai 1839. I, 1. Welchem der Streitgenossen zuletzt insinuirt werden müsse, ist gesetzlich nicht bestimmt. Daher ist dieß der Willkühr des Gerichtsboten oder besonderer gerichtlicher Anordnung überlassen. Hänsel l. l. §. 7. not. e am Ende p. 48.

[24] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 223.

[25] Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661. Tit. von Justizsachen §. 16 u. 17. C. A. I. p. 195 fg.

[26] Verordnung v. 16. Mai 1839. I, 3. Ueber die im Falle der Behändigung durch die Post erforderlichen Behändigungsscheine siehe Verordnung v. 1. October 1846. §. 4 u. 7.

[27] Vergl. oben §. 83. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 16.

[28] Vergl. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 16.

[29] Angez. Gesetz l. l. Daher können die Parteien auch einen bereits angesetzten Termin compromissarisch anticipiren.

[30] Die Parteien haben in solchem Falle dasjenige im Termine ebenfalls zu beobachten, was ihnen obliegen würde, wenn sie vom Gerichte in der gesetzlichen Weise und zwar peremtorisch vorgeladen worden wären. Angez. Gesetz

Bis zum Tage des Termins[31] steht es übrigens jeder Partei frei, um Verlegung desselben zu bitten. Der Angabe und Bescheinigung des Grunds bedarf es zu diesem Zwecke nicht. Das Gericht hat ein solches Gesuch um Verlegung des Termins gegen Berichtigung der dadurch veranlaßten Gerichtskosten[32] zu gewähren, dafern nicht Gefahr mit dem Verzuge verbunden ist[33]. Wird dieses Gesuch in solchem Falle von der nämlichen Partei hinsichtlich des neu anberaumten Termins nochmals wiederholt, so darf der Richter darauf nur gegen Angabe und sofortige Bescheinigung eines nach seinem Ermessen ausreichenden Grunds eingehen[34]. Der Richter hat auf den von einer Partei gestellten Antrag auf Verlegung des Termins sofort Resolution zu fassen und die Verfügung auf Verlegung des Termins beiden Parteien mit Behändigung eines auf den Inhalt des vorigen Bestellzettels verweisenden, die Sache und den Tag des anderweiten Termins kürzlich bezeichnenden Zettels im legalen Wege bekannt zu machen[35]. Auch ist es dem Richter gestattet, den Termin von Amtswegen zu verlegen, wenn er selbst behindert oder zu Feststellung des Streitpunkts in dem bereits eröffneten Termine nicht zu gelangen ist[36].

§. 85.

Vom Verhandlungstermine. Ungehorsam der Parteien in demselben.

Im Verhörstermine haben sich die Parteien gehörig anzugeben. Das ungehorsame Ausbleiben derselben ist, wie im ordentlichen Processe, so auch hier mit gewissen Nachtheilen verbunden.

---

§. 16. Deßhalb treten im Falle des Nichterscheinens die gesetzlichen Verwarnungen auch dann in Kraft, wenn dieselben in dem Compromisse nicht ausdrücklich aufgenommen worden waren. A. M. ist Hänsel l. l. §. 7. not. s. pag. 51.

[31] Also vor dem Termine. Am Termintage selbst darf das Prorogationsgesuch nicht mehr gestellt werden. Hänsel l. l. §. 8. not. e. pag. 52.

[32] Diese fallen also dem Antragsteller zur Last.

[33] Angez. Gesetz §. 15. Das Gesuch um Verlegung eines compromissarisch festgesetzten Termins ist nur unter Bescheinigung des Verhinderungsgrunds zuläßig. Vergl. Hänsel l. l. §. 8. not. g. pag. 52.

[34] Angez. Gesetz §. 15.

[35] Angez. Gesetz §. 15. Die Beobachtung der hierzu beiden Parteien, namentlich aber dem Beklagten zu gestattenden viertägigen Frist, ist zwar nicht vorgeschrieben, aber jedenfalls rathsam.

[36] Vergl. Hänsel l. l. §. 8. p. 53 u. not. h. daselbst.

Diese Nachtheile treten jedoch hier nicht mit dem Ablaufe der fünften Nachmittagsstunde des Termintags, sondern schon früher und zwar dann ein, wenn sich die Parteien bei der vom Gericht mündlich erlassenen peremtorischen Aufforderung zur Verhandlung der Sache nicht melden[1]. Peremtorische Wirkung hat diese Aufforderung der bestellten und noch nicht zur Verhandlung vorgelassenen Parteien nur dann, wenn sie nach Ablauf einer Stunde, von dem in der Vorladung bestimmten Zeitpunkte an gerechnet, geschehen ist[2]. Hierbei sind folgende Bestimmungen zu berücksichtigen. Das Gericht hat in dem Falle, wenn mehrere Verhörstermine[3] in ganz geringen Civilsachen auf einen und denselben Tag angesetzt sind, die Reihenfolge, in welcher die einzelnen Sachen vorgenommen werden sollen, unter Berücksichtigung der in den Bestellzetteln ausgedrückten Stunden stets im Voraus zu bestimmen und durch einen öffentlichen Anschlag an einer den Parteien zugänglichen Stelle bekannt zu machen, auch diese Reihenfolge genau inne zu halten[4]. Sind die dieser Reihenfolge nach vorzulassenden Parteien zur Zeit der vom Gericht deßhalb erlassenen Aufforderung nicht zugegen, so werden die nächstfolgenden der Reihenfolge nach aufgefordert und diejenigen vorgelassen, welche als der Reihenfolge nach die nächsten bereits eingetroffen sind. Nach Beendigung der Verhandlung mit diesen ist auf die inmittelst ausgesetzten Sachen und zwar auch hier wieder nach der bekannt gemachten Reihenfolge zurückzugehen[5]. Dabei versteht es sich übrigens von selbst, daß die terminliche Verhandlung auch vor Ablauf der Stunde vorgenommen werden kann, welche dem peremtorischen Aufrufe vorausgegangen sein muß, sobald die Parteien

---

[1] Gesetz v. 4. Novbr. 1840. §. 1.

[2] Angez. Gesetz §. 2. Verordnung v. 4. Novbr. 1840. §. 3. Ist im Bestellzettel keine Stunde angegeben, so treten die Folgen des Ungehorsams, wie im ordentlichen Processe, Nachmittags 5 Uhr ein. Auch bedarf es dann zu Herbeiführung der Folgen des Ungehorsams keines Aufrufs von Seiten des Gerichts. Hänsel ganz geringfügige Rechtssachen §. 7. not. o. pag. 50 u. §. 8. p. 54.

[3] Nur von solchen ist in der Verordnung v. 4. Novbr. 1840. §. 1 die Rede. Daher sind andere Termine in Bagatellsachen, namentlich Schwörungstermine, besondere Publicationstermine ꝛc. an diese Reihenfolge nicht gebunden. Nach der richtigeren Ansicht muß dieß auch von anderweiten Verhandlungsterminen gelten, welche in einer Bagatellsache nöthig werden. Hänsel l. l. §. 8. not. a. pag. 51.

[4] Angez. Verordnung v. 4. Novbr. 1840. §. 1 u. 2.

[5] Angez. Verordnung §. 3.

zeitiger eingetroffen sind [6]. War die erste Aufforderung einer an der Reihe befindlichen Partei vor Ablauf der ihr gesetzlich gestatteten einstündigen Frist erlassen worden, so muß zu Herbeiführung der Folgen des Ungehorsams nach Ablauf dieser Stunde eine abermalige Aufforderung erlassen werden [7]. Die gesetzlichen Folgen des Ungehorsams treten übrigens für den Beklagten nur dann ein, wenn dieselben in dem Bestellzettel ausdrücklich angedroht worden sind [8]. Von Compromissen gilt dies nach der richtigeren Ansicht nicht, indem nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Parteien bei der Verhandlung in dem compromissarisch festgesetzten Termine dasselbe zu beobachten haben, was ihnen obliegen würde, wenn sie in der gesetzlichen Form mittelst Bestellzettels vorgeladen worden wären [9], das gesetzliche Präjudiz für den ungehorsamen Beklagten also ebenso eintreten muß, als ob dasselbe in einem Bestellzettel ausdrücklich angedroht worden wäre [10].

Bleiben im Verhandlungstermine beide Parteien aus, so ist der Termin circumduct und gelten dann die allgemeinen Grundsätze [11]. Versäumt sich nur der Kläger am Termine, so wird die Sache bis auf weiteres Ansuchen beigelegt und der Kläger zu Bezahlung der verursachten Gerichtskosten angehalten [12]. Bleibt der Beklagte aus, so hat der erschienene Kläger, soweit es nicht bereits beim ersten Anbringen geschehen ist, die thatsächlichen Umstände anzugeben, auf welche er seinen Anspruch gründet. Das Gericht hat den Kläger dabei durch geeignete Fragen zu unterstützen und die Angabe derjenigen Umstände, welche zur Begründung des Anspruchs noch nothwendig sind, von ihm zu erfor-

---

[6] Angez. Verordnung §. 2.

[7] Dieß folgt aus §. 3 der angez. Verordnung. Die Folgen des Ungehorsams treten übrigens auch dann ein, wenn die Partei zwar sich angemeldet, aber später vor der Eröffnung des Termins sich wieder entfernt hat. Hänsel l. l. §. 8. not. p. pag. 54.

[8] Vergl. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 13.

[9] Angez. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 16 am Ende.

[10] A. M. ist Hänsel l. l. §. 7. not. s. pag. 51.

[11] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 97. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Gegner des Ungehorsamen diesem Letzteren die Folgen des Ungehorsams erläßt. S. unten am Ende.

[12] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 17. Bei Verlust des Klagrechts kann der Kläger in solchem Falle nicht aufgefordert werden, seine Klage fortzustellen, weil die Klage wenigstens in der Regel noch gar nicht substanziirt ist, der ausgesprochene Verlust des Klagrechts also zu keinem Resultate führen kann. Hänsel l. l. §. 8. not. u. pag. 54 fg. Daher bleibt dem Beklagten in solchem Falle nichts übrig, als ex lege „Diffamari" zu provociren.

dern[13]. Ergiebt sich hierbei, daß die angezeigten Thatsachen die behauptete Forderung weder ganz noch zum Theil begründen, so hat das Gericht den Kläger sofort zu bescheiden, daß sein Gesuch in Beziehung auf das angegebene und erörterte Rechtsverhältniß schlechterdings unstatthaft sei[14]. Im entgegengesetzten Falle und wenn die Existenz und Fälligkeit des Anspruchs durch die angegebenen Thatsachen, die Wahrheit derselben vorausgesetzt, ganz oder doch theilweise begründet[15] wird, so ist der Beklagte sofort zu Gewährung des daraus hervorgehenden Anspruchs, in keinem Falle jedoch zu mehr, als bei der Anzeige des Anspruchs verlangt worden, sowie zu Erstattung der Gerichtskosten zu verurtheilen[16]. Wegen Unvollständigkeit oder Unschlüssigkeit des Vorbringens darf nicht abgewiesen werden[17]. Dagegen kann die Abweisung der Klage aus anderen Gründen und namentlich auch wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen verfrühter Anstellung derselben nöthig werden[18]. Der Anberaumung eines besonderen Publicationstermins bedarf es zur Eröffnung dieses Contumacialbescheids nicht[19]. Will die erschienene Partei der ausgebliebenen

---

[13] Dieß beruht auf der Untersuchungsmaxime. Vergl. oben §. 75 bei not. 3. In solchem Falle ist es also dem Kläger gestattet, die von ihm früher nur im Allgemeinen gemeldete Klage nach Belieben zu substanziiren und werden demnach dem Beklagten gegenüber Thatsachen in contumaciam für wahr gehalten, von denen der Beklagte gar nichts weiß. Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 19 vergl. mit §. 11. Hat das Gericht thatsächliche Umstände, welche zur speciellen Begründung der Klage erforderlich sind, oder die Erklärung des Verklagten darauf zu erfordern unterlassen, so wird auf eingewendete Appellation der Contumacialbescheid aufgehoben und gehörige Instruction der Sache angeordnet. Vergl. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846. VI, 49. p. 136 mitgetheilte Entscheidung des Appell.-Gerichts zu Zwickau.

[14] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 18. Eine solche Bescheidung des Klägers ist als Erkenntniß anzusehen und daher Appellation dagegen zugelassen. Angez. Gesetz §. 35. Hänsel l. l. §. 9. not. r. pag. 60. Ueber die Anstellung einer neuen auf das nämliche Object gerichteten Klage s. unten §. 87. not. 3. u. §. 94. not. 3.

[15] Der Bescheinigung dieser Thatsachen bedarf es natürlich in diesem Falle nicht. Vergl. §. 19. 13 u. 17 des angez. Gesetzes.

[16] Angez. Gesetz §. 19. Der Beklagte wird also auch seiner connexen Ausflüchte verlustig. Hänsel l. l. §. 7. not. g. pag. 48. Die Gerichtskosten sind in diesem Falle lediglich vom Verklagten einzuziehen. Sind dieselben von diesem nicht zu erlangen, so steht dem Gericht kein Recht zu, den Kläger wegen des auf den Verklagten fallenden Antheils in Anspruch zu nehmen. So hat sich das Justizministerium am 2. März 1849 ausgesprochen.

[17] Angez. Gesetz §. 18 u. unten §. 94.

[18] Siehe unten §. 94. not. 3. Ueber subjective Klagenhäufung s. oben §. 72. not. 21.

[19] Im Bagatellprocesse kann dieß wegen der Fassung von §. 13. sub 6 des angez. Gesetzes füglich nicht bezweifelt werden. Winzer in der Zeitschrift

die Folgen des Ungehorsams erlassen, so bedarf es dießfalls nur der mündlichen Erklärung gegen den Richter und hängt es dann von diesem ab, ob er die Verhandlung nachträglich sofort vornehmen oder die Parteien zu einem anderen Termine bestellen will[20]. Persönliches Erscheinen der Parteien im Verhandlungstermine wird nicht erfordert[21].

§. 86.

Von der mündlichen Verhandlung im Termine im Allgemeinen.

Sind beide Parteien im Verhandlungstermine gehörig erschienen, so wird nach erfolgter Feststellung des Streitpunkts und unternommener Bescheinigung der streitig gebliebenen Thatsachen, sowie der Gegenbescheinigung, in der Hauptsache sofort entschieden, und das gefällte Erkenntniß sofort eröffnet[1], und tritt daher im Bagatellprocesse dieser Termin an die Stelle der gesammten in anderen Proceßarten vom Verhörstermine an bis mit der Publication der Endentscheidung erforderlichen Proceßhandlungen. Die Feststellung des Streitpunkts[2] und die Angabe der Bescheinigungsmittel[3] muß nothwendig im ersten Termine erfolgen, während zu Production der Bescheinigungsmittel und zu Fortsetzung und Beendigung der mündlichen Verhandlung, auch Fällung und Eröffnung des Bescheids ein anderweiter Verhandlungstermin anberaumt werden kann[4], welcher lediglich als Fortsetzung des

---

f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VII, 18. p. 313 fg. Pöschmann daselbst N. F. X, 5. p. 97 fg. Indeß ist bisweilen im entgegengesetzten Sinne erkannt worden. Vergl. auch Pernitzsch ebendaselbst VIII, 25. p. 497 fg. Eine Ausdehnung des Satzes, daß es in der Ladung zum Publicationstermine keines Präjudizes bedürfe, auf andere Proceßarten unterliegt sehr erheblichen Bedenken. Siehe v. Hartitzsch Entsch. practischer Rechtsfr. No. 243. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 142. p. 512. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XV. p. 382. Volkmann System §. 161. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 120. not. 3.

[20] Gesetz v. 4. Novbr. 1840. §. 3. Hänsel l. l. §. 8. p. 54. Ein Bestellzettel braucht in diesem Falle auch dann nicht erlassen zu werden, wenn die Parteien zu einem anderen Termine bestellt werden.

[21] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 7. Ueber das Erscheinen durch gar nicht oder nicht gehörig legitimirte Anwalte s. oben §. 75 bei not. 13 u. 14.

[1] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 20 fg. 23 u. 33. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen §. 9.

[2] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 18. 20. 21 u. 22.

[3] Angez. Gesetz §. 23. 24. 26 u. 30.

[4] Vergl. §. 24 u. 26 des angez. Gesetzes.

ersten betrachtet werden muß[5]. Ein solcher zweiter Termin ist vom Gericht sofort mündlich anzusetzen, ohne daß es dabei einer erneuerten Verwarnung bedarf[6]. Die Kosten desselben hat diejenige Partei zu tragen, welche dazu Veranlassung giebt[7]. Abänderungen von thatsächlichen Behauptungen oder Bescheinigungsmitteln, Verbesserungen und Berichtigungen, welche eine Partei noch während des ersten Termins vorbringt, sind in allen Fällen zu berücksichtigen und machen in der Regel keinen neuen Verhandlungstermin nöthig, mögen dieselben die aufgestellten thatsächlichen Behauptungen oder die gebrauchten Bescheinigungsmittel betreffen[8]. Nur in dem Falle, wenn der Kläger das im Bestellzettel angegebene Streitobject oder den dort angegebenen Grund seines Anspruchs im ersten Termine abändert, muß auf Verlangen des Beklagten ein neuer Verhandlungstermin anberaumt werden[9]. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn eine solche mutatio substantialis in einem anberaumten anderweiten Verhandlungstermine erklärt wird. Nach dem ersten Verhandlungstermine ist zwar die Abänderung, Verbesserung und Berichtigung der in demselben aufgestellten thatsächlichen Behauptungen bis zur Rechtskraft des Bescheids ebenfalls gestattet[10]. Es muß aber in solchem Falle immer auf Kosten der betreffenden Partei ein neuer Verhandlungstermin anberaumt werden, falls nicht ein solcher bereits festgesetzt ist und also noch bevorsteht. Geht in diesem letzteren Falle die erklärte Abänderung vom Kläger aus und betrifft dieselbe den Streitgegenstand oder den Klaggrund, so kann der Verklagte auf Erlassung neuer Bestellzettel bestehen und darf derselbe daher zur Erklärung auf die

---

[5] Daher muß in Ansehung der noch zweifelhaften factischen Erörterungen, zu welchen durch die gebrauchten Beweismittel Veranlassung gegeben wird, der Gegner sich ebenso bestimmt erklären, wie dieß im ersten Termine der Fall ist. Hänsel l. l. p. 61. not. h.

[6] Angez. Gesetz §. 24 u. 26. Hänsel l. l. §. 10. p. 61.

[7] Angez. Gesetz §. 24 u. 26. Natürlich gilt dieß aber nur dann, wenn die Anberaumung des anderweiten Termins lediglich von einer Partei veranlaßt, und nicht zu Gunsten beider Parteien nöthig wird.

[8] Hänsel l. l. §. 19. not. f. pag. 84 vergl. mit §. 9. not. f. pag. 57.

[9] Dieß ganz abgesehen von den allgemeinen Grundsätzen — vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 219 — schon deßhalb, weil der Beklagte dazu nicht vorgeladen war, und sich also darauf nicht vorbereiten konnte. Unbestimmt hierüber drückt sich Hänsel l. l. §. 19. not. f. pag. 84 aus. Die Anberaumung erfolgt natürlich auf Kosten des Klägers. Hänsel l. l.

[10] Dieß kann auch in Schriften geschehen. Angez. Gesetz §. 10. Hänsel l. l. §. 9. not. f. pag. 56 fg. u. oben §. 75 bei not. 6.

abgeänderte Klage in dem bereits anberaumten anderweiten Verhandlungstermine wider Willen nicht genöthigt werden[11]. In allen anderen Fällen wird über die von einer Partei erklärte Abänderung, Verbesserung oder Berichtigung in dem bereits anberaumten anderweiten Verhandlungstermine ohne Weiteres verfahren. Die Abänderung der Bescheinigungsmittel nach dem ersten Verhandlungstermine ist bis zur Rechtskraft des Bescheids ebenfalls zuläßig[12]. Dieselbe macht zwar keine neue Erklärung des Gegners über die aufgestellten und unverändert gebliebenen factischen Behauptungen, wohl aber einen neuen Verhandlungstermin nöthig[13], es müßte denn ein solcher ohnehin noch bevorstehen. Diese Abänderung wird übrigens, wie in geringfügigen Rechtssachen[14], so auch hier, durch die bereits erfolgte Acceptation des angetragenen Eides von Seiten des Gegners nicht ausgeschlossen[15]. Die angegebenen Grundsätze gelten auch von der Vorbringung neuer Thatsachen und Beweismittel nach dem ersten Termine[16]. Bloße Verzichte und Zugeständnisse einer Partei, welche nach dem ersten Termine erklärt werden, machen die Anberaumung eines neuen Termins in keinem Falle nöthig[17]. Nach Rechtskraft des Bescheids ist die Abänderung, Verbesserung und Berichtigung der aufgestellten thatsächlichen Behauptungen

---

[11] Der Grund ist oben not. 9 angegeben. Durch Einwilligung des Gegners wird die Anberaumung eines neuen Termins in allen Fällen unnöthig.

[12] A. M. ist das Appell.-Gericht zu Dresden 1845 gewesen, indem es die mutatio in modo probandi nach Publication des auf den Eid lautenden Bescheids, aber vor der Rechtskraft desselben für unzuläßig erklärte.

[13] So hat auch das Appell.-Gericht zu Dresden 1840 erkannt. A. M. scheint Hänsel l. l., indem er bemerkt, daß anderweite Einlassung nicht erfordert werde. Dadurch wird aber die Nothwendigkeit eines neuen Termins nicht aufgehoben, da auch über die Bescheinigung terminlich verfahren wird und daher unbestritten das Recht zustehen muß, zu verlangen, daß er über die neue Bescheinigung zuvörderst gehört werde. Vergl. auch wegen der Gegenbescheinigung unten §. 88. not. 22.

[14] S. oben §. 76 bei not. 17.

[15] A. M. ist ohne Grund Hänsel l. l. §. 19. not. f. pag. 84. Die Richtigkeit der im Texte aufgestellten Ansicht erhellt schon daraus, daß die Bescheinigungsmittel in Bagatellsachen nicht gemeinschaftlich werden. S. unten §. 88 bei not. 17.

[16] Neu entstandene oder neu bekannt gewordene Thatsachen müssen schon im ordentlichen Processe auch später noch berücksichtigt werden. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 236 u. 312. Dasselbe gilt von neu aufgefundenen Urkunden. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 287. 261 u. 312. Vergl. Hänsel l. l. §. 9. not. f. pag. 57 u. unten §. 88.

[17] Dieß natürlich nur insoweit, als sie lediglich zum Vortheil des Gegners gereichen.

und die Vorbringung neuer Thatsachen ganz unzulässig[18]. Von der Benutzung neuer Bescheinigungsmittel nach der Rechtskraft des Bescheids gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes. Ueber das Anbringen und die verpflichtenden Erklärungen der Parteien, mögen dieselben die Feststellung des Streitpunkts oder die Bescheinigung und Gegenbescheinigung betreffen, sind kurze Protocolle aufzunehmen, worin nur dasjenige nothwendig angegeben werden muß, wodurch die Entscheidung begründet wird[19]. Nach Beendigung der Verhandlung wird das darüber aufgenommene Protocoll zuvörderst vorgelesen[20] und sodann entweder der Bescheid sofort abgefaßt und den Parteien sofort eröffnet, oder die Fortsetzung und Beendigung der Verhandlung, sowie die Abfassung und Eröffnung des Bescheids einem anderweiten Termine vorbehalten[21], oder doch zu Eröffnung des Bescheids entweder mündlich oder später durch Bestellzettel ein besonderer Publicationstermin angesetzt[22].

§. 87.

Fortsetzung. Feststellung des Streitpunkts im Verhandlungstermine.

Zu Feststellung des Streitpunkts hat der Kläger, soweit es nicht bei der ersten Anmeldung des Anspruchs bereits geschehen ist, im Verhandlungstermine zuvörderst die thatsächlichen Umstände anzugeben, auf welche er seinen Anspruch stützt[1]. Das Gericht hat ihn dabei durch geeignete Fragen zu unterstützen[2], ihn auch,

---

18 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 121.

19 Angez. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 6 u. 20. Verordnung v. 6. August 1844. Wäre das Protocoll so unvollständig, daß eine definitive Entscheidung sich darauf nicht stützen ließe, so würde das Obergericht auf eine gegen den Bescheid eingewendete Appellation auf neuen Verhandlungstermin und nachträgliche Vervollständigung der Instruction der Sache interloquiren müssen. S. unten §. 94. not. 1.

20 Dieß muß vor der Abfassung des Bescheids geschehen, weil sich derselbe darauf stützen soll.

21 Vergl. oben bei not. 4.

22 Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 33.

1 Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 18.

2 Angez. Gesetz l. l. Dieß beruht auf der Untersuchungsmaxime. Siehe oben §. 75 u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 52. mein Lehrbuch §. 28. Der Richter hat darauf zu sehen, daß die Sache vollständig instruirt werde. Denn ist dieß nicht geschehen, so daß es an allen Unterlagen zur Entscheidung fehlt, so wird das Verfahren aufgehoben und auf neuen Termin erkannt. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 95. p. 271. sub 6.

wenn die angezeigten Thatsachen die behauptete Forderung weder ganz noch zum Theil begründen, sofort schlechterdings abzuweisen[3]. Ist das Anbringen des Klägers nicht sofort verwerflich, so hat das Gericht darüber die Erklärung des Verklagten zu fordern[4]. Verweigert derselbe diese Erklärung, so treffen ihn die nachtheiligen Folgen des Ungehorsams[5]. Die Vertheidigungsmittel des Verklagten sind die gewöhnlichen. Derselbe hat sich darüber, was er an dem thatsächlichen Vorbringen des Klägers zugestehe oder läugne, bestimmt zu erklären und seine etwaigen Exceptionen ebenso genau, wie es bei der Klage erfordert wird und unter gleicher Mitwirkung des Gerichts mündlich[6] vorzubringen[7]. Ueber dieses Vorbringen hat sich auch der Kläger gleichmäßig zu erklären[8]. Dasselbe gilt von den etwaigen Repliken und Dupliken[9]. Gesteht der Verklagte den Klaggrund sofort ohne Beschränkung zu, so kann nur noch über die Modalität der Bezahlung unterhandelt werden. Läßt sich in solchem Falle der Kläger auf diese Unterhandlung nicht ein, so wird ein Erkenntniß nöthig. Im entgegengesetzten Falle, wenn also der Anspruch des Klägers geläugnet oder doch nur beschränkt zugestanden worden und ein Streitpunkt wirklich noch vorhanden ist, muß ein

---

[3] Angez. Gesetz l. l. u. oben §. 85. not. 14. Zu Anstellung einer neuen auf dasselbe Object gerichteten Klage bedarf es dann eines neuen Klaggrunds. Winzer in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VII, 18. p. 321 fg.

[4] Angez. Gesetz §. 20.

[5] D. h. er wird der im Bestellzettel enthaltenen Androhung gemäß der thatsächlichen Behauptungen, auf welche er sich nicht erklärt hat, für geständig und überführt geachtet.

[6] Das Ueberreichen schriftlicher Aufsätze im Verhandlungstermine ist nicht ausgeschlossen. Nur wird der Inhalt derselben Gegenstand sofortiger mündlicher Verhandlung. Volkmann l. l. §. 230. not. n. pag. 130. u. oben §. 75 bei not. 6.

[7] Angez. Gesetz §. 21. Die Rechtsregel: reus negans non excipit jurejurando delato et acceptato gilt auch hier. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen §. 15. p. 75. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 232. u. unten §. 89 bei not. 8.

[8] Angez. Gesetz l. l.

[9] Angez. Gesetz l. l. Verweigert der Kläger seine Erklärung über eine vorgeschützte Ausflucht oder Duplik, oder der Verklagte seine Erklärung über eine vorgeschützte Replik, so werden dieselben sofort für zugestanden geachtet. Dieß folgt aus §. 21 des Gesetzes vergl. mit §. 7 u. unten not. 13. Ueber den Fall, wenn sich bei Gelegenheit der gegenseitigen Erklärungen herausstellt, daß das Object des Streits seinem Betrage oder Werthe nach die Höhe von 20 Thalern übersteige, siehe oben §. 73. Von der Veränderung der Klage, später geleisteten Verzichten und Zugeständnissen, den Verbesserungen und Be-

Vergleichsversuch angestellt werden[10]. Gelingt dieser, so ist nur der Inhalt des Vergleichs zu protocolliren und dabei das, was vorher streitig war, nur insoweit zu erwähnen, als es zum Verständniß der Vergleichsbedingungen erforderlich ist[11]. Sachwalter, welche statt der Partei im Termine erscheinen, müssen gehörig instruirt sein[12]. Die von dem Bevollmächtigten mit Bezugnahme auf den Mangel der nöthigen Instruction erfolgende Ablehnung bestimmter Auslassungen und Erklärungen gilt für ein Zugeständniß desjenigen thatsächlichen Umstands, worüber die Abgabe einer bestimmten Erklärung abgelehnt wird[13].

§. 88.

Fortsetzung. Bescheinigung und Gegenbescheinigung.

Sind bei der Erörterung des Streitpunkts Thatsachen streitig geblieben, welche der Bescheinigung bedürfen[1] und hat der angestellte Vergleichsversuch zu keinem Resultate geführt, so hat diejenige Partei, welcher nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast obliegt[2], sofort[3] anzuzeigen, durch welche Beweismittel sie die von ihr aufgestellte des Beweises bedürftige thatsächliche Behauptung beweisen wolle[4]. Unterläßt sie dieß, so muß sie dazu vom Gericht ausdrücklich aufgefordert werden[5]. Die Beschei-

---

richtigungen, sowie der Vorbringung neuer Thatsachen ist oben §. 86 die Rede gewesen.

[10] Angez. Gesetz §. 20. Die Anstellung dieses Vergleichsversuchs ist natürlich erst dann mit Hoffnung auf Erfolg möglich, wenn die Parteien über die gegenseitig aufgestellten thatsächlichen Behauptungen ihre Erklärungen abgegeben haben. Die Fassung des §. 20 und 21 des angez. Gesetzes steht dem nicht entgegen. Vergl. auch Hänsel l. l. §. 9. not. d. pag. 56.

[11] Angez. Gesetz §. 20. Aus einem solchen Vergleichsprotocolle kann auch hier mit der Hülfsvollstreckung verfahren werden. Angez. Gesetz §. 20. Executionsgesetz v. 28. Febr. 1838. §. 85.

[12] Angez. Gesetz §. 7.

[13] Angez. Gesetz §. 7. Auch Vergleichsvorschläge können nicht ad referendum angenommen werden. Aus dieser gesetzlichen Bestimmung in Verbindung mit §. 21 erhellt, daß Thatsachen, über welche der Gegner keine Erklärung abgiebt, für zugestanden zu achten sind. Vergl. oben not. 9.

[1] Dieß wird nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 247.

[2] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 248. mein Lehrbuch §. 139.

[3] Eine besondere Bescheinigungsfrist wird also hier nicht gegeben.

[4] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 23. vergl. mit §. 13. sub 6.

[5] Dieß folgt aus der hier vorherrschenden Untersuchungsmaxime. Führt diese Aufforderung zu keinem Resultate, so wird die Partei der ihr zu Gebot stehenden Bescheinigungsmittel verlustig. Angez. Gesetz §. 23. vergl. mit §. 13. sub 6.

nigung muß also sofort im ersten Termine angetreten werden[6]. Die Production der Bescheinigungsmittel soll zwar in der Regel ebenfalls im ersten Termine erfolgen. Doch kann bei der Bescheinigung durch Urkunden, Zeugen und Sachverständige zu diesem Behufe und zu Fortsetzung und Beendigung der Verhandlung ein neuer Termin nöthig werden[7]. Die Bescheinigung kann ebensowohl künstlich, als natürlich, und ebensowohl einfach, als zusammengesetzt sein[8]. Die Bescheinigungsmittel und Bescheinigungsgründe sind nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen[9]. Von einzelnen Abweichungen wird unten die Rede sein[10]. Die Feststellung des Beweissatzes ist hier, wie im ordentlichen Processe, dem Richter überlassen, erfolgt aber sofort bei der Verhandlung[11]. Cumulation mehrerer Bescheinigungsmittel ist sogar dann gestattet, wenn sich die Parteien zur Bescheinigung eines selbständigen Vortrags gleichzeitig des Eidesantrags und anderer Bescheinigungsmittel bedienen[12]. Indeß hat der Richter in solchem Falle den Eid erst dann aufzuerlegen, wenn die übrigen Bescheinigungsmittel nicht ausreichen[13]. Nach Eintritt der Rechtskraft des Bescheids darf sich die Partei, welcher die Beweislast obliegt, neuer Bescheinigungsmittel nicht mehr bedienen[14]. Die Beibringung später neu aufgefundener Bescheinigungsmittel ist jedoch unter den im ordentlichen Processe geltenden

---

[6] Angez. Gesetz §. 23. vergl. mit §. 24 u. 26. S. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 281 fg.

[7] Angez. Gesetz §. 24 u. 26. Beim Eidesantrage bedarf es keiner Production. Der Verlust der gebrauchten Bescheinigungsurkunden tritt nach ausdrücklicher Bestimmung des angez. Gesetzes §. 24. dann ein, wenn dieselben nicht mindestens im anderweiten Termine producirt worden sind. Bei den Zeugen ist es Sache des Gerichts, für deren Erscheinen Sorge zu tragen. Sind dieselben also in dem anderweiten Termine auf Vorladung nicht erschienen, so wird die Anberaumung eines dritten Termins nöthig rc. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1845. V, 73. p. 192. Dasselbe gilt von Sachverständigen.

[8] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 245.

[9] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 246. 252 fg. und 257 fg.

[10] S. unten §. 89 fg.

[11] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 247.

[12] Vergl. das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 95. p. 270 mitgetheilte Präjudiz. Volkmann l. l. §. 231. p. 132. A. M. ist Hänsel ganz geringf. Rechtsf. §. 15. p. 74.

[13] S. das angez. Präjudiz im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle l. l.

[14] Vergl. oben §. 86. bei not. 18.

Beschränkungen[15] gestattet. Von der Abänderung der Bescheinigungsmittel ist bereits oben die Rede gewesen[16]. Die Bescheinigungsmittel werden in dieser Proceßart nicht gemeinschaftlich[17]. Ueber die Zulässigkeit derselben, sowie über die herbeigeschafften Bescheinigungsgründe wird kein Verfahren abgesetzt[18]. Auch wird auf die gegen die Zulässigkeit der Bescheinigungsmittel erhobenen Einwendungen, wenn die Unzulässigkeit derselben nicht klar vorliegt, vor der Bescheidsertheilung nicht leicht Rücksicht genommen und daher mit der Abhörung der Bescheinigungszeugen in der Regel auch dann verfahren, wenn dergleichen Einwendungen vom Gegner erhoben worden sind[19]. Die Bescheinigung muß übrigens in allen Fällen voll geführt sein[20], obwohl die Herbeischaffung voller Bescheinigung wenigstens beim Zeugenbeweise leichter bewerkstelligt werden kann, als in anderen Proceßarten[21]. Von der Gegenbescheinigung gelten die nämlichen Grundsätze. Dieselbe muß gleichzeitig mit der Bescheinigung im Verhandlungstermine beigebracht werden[22].

§. 89.

Von den einzelnen Bescheinigungsmitteln. Eidesantrag.

Der Eidesantrag ist in Bagatellsachen nicht nur zulässig, sondern das bei weitem gewöhnlichste Beweismittel. Die Zulässigkeit desselben und die Fähigkeit zur Eidesleistung richten sich nach allgemeinen Grundsätzen[1]. Von der Cumulation des Eidesantrags mit anderen Beweismitteln ist bereits oben die Rede ge-

---

15 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 287 u. oben §. 86. nach not. 18.

16 S. oben §. 86.

17 Dieß gilt schon in geringfügigen Rechtssachen. S. oben §. 78 bei not. 7.

18 Hänsel l. l. §. 10. p. 60 fg.

19 Hänsel l. l. §. 10. not. f. pag. 61.

20 Vergl. hierzu §. 31 des angez. Gesetzes.

21 Angez. Gesetz §. 28 u. 27 u. unten §. 91.

22 Hänsel l. l. §. 10. p. 60 fg. Doch hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1846 die Benennung der Gegenbescheinigungszeugen noch in dem zweiten zur Abhörung der Bescheinigungszeugen anberaumten Termine für zulässig erklärt. Hat die Partei, welcher die Bescheinigung oblag, später die Bescheinigungsmittel abgeändert — vergl. oben §. 86. — so steht auch der Gegenpartei das Recht zu, die Gegenbescheinigung abzuändern, oder eine solche nachträglich noch zu unternehmen. Vergl. den im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846. VI, 94. p. 287. mitgetheilten Rechtsfall.

1 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 258 u. 259.

wesen[2]. Die Erklärung, daß sich die zur Bescheinigung verpflichtete Partei des Eidesantrags bedienen wolle, muß sofort im Verhandlungstermine abgegeben werden[3]. Der Gegner hat darauf sofort zu erklären, ob er den Eid annehmen oder zurückgeben wolle, widrigenfalls der Eid für angenommen geachtet wird[4], kann aber dieser Erklärung ungeachtet sofort im Termine eine Gegenbescheinigung unternehmen und den Ungrund der auf den Eid gestellten Behauptungen durch Urkunden und Zeugen darzuthun versuchen. Nur muß diese Gegenbescheinigung durch bereits mit zur Stelle gebrachte Urkunden oder Zeugen sofort geführt werden, da außerdem darauf keine Rücksicht genommen werden kann[5]. Dieselbe ist in dem Falle, wenn der Eid angenommen worden ist, als eine unfeierliche Gewissensvertretung anzusehen, durch deren Versuch der Regreß zum Eide nicht verloren geht[6]. Bleibt in Folge dieser Gegenbescheinigung noch ein erheblicher Umstand zweifelhaft, so ist das Gericht nicht behindert, in Beziehung auf dieselbe einer anderen Partei, als derjenigen, welche nach jener Erklärung zu schwören haben würde, die Eidesleistung aufzuerlegen[7]. Hat der Beklagte den ihm über den Grund der Klage angetragenen Eid angenommen, so wird auf die von demselben vorgeschützten Ausflüchte nach dem Grundsatze: „reus negans non excipit jurejurando delato et acceptato" auch im Bagatellprocesse keine Rücksicht genommen[8]. Collidirende Eide wer-

---

[2] S. oben §. 88 bei not. 12.

[3] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 30. vergl. mit §. 23.

[4] Angez. Gesetz §. 30. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen §. 15. p. 73 fg. Dieß gilt auch in dem Falle, wenn der Gegner nur durch einen Anwalt erschienen ist. Daher muß der Anwalt auch in dieser Beziehung instruirt sein. Die nach dem Termine abgegebene Erklärung, daß man den im Termine zurückgegebenen Eid nachträglich annehmen, oder den im Termine angenommenen Eid nachträglich zurückgeben wolle, ist unzuläßig. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 95. p. 271.

[5] Angez. Gesetz §. 30.

[6] Vergl. Hänsel l. l. §. 15. p. 74 fg. u. not. 9 daselbst. Des Eidesantrags kann sich der Delat in solchem Falle nicht bedienen, sobald der Eid mit dem ihm angetragenen Eide collidiren würde. Die Richtigkeit des im Texte erwähnten Grundsatzes, daß durch diese Gewissensvertretung der Regreß zum Eide nicht verloren gehe, bezweifelt mit Unrecht Volkmann l. l. §. 231. not. e. pag. 132, obwohl zuzugeben ist, daß es nicht vom Delaten allein abhängt, ob er selbst oder sein Gegner zu dem acceptirten oder referirten Eid zu lassen sei.

[7] Angez. Gesetz §. 30. Nach Umständen wird der Eid ganz überflüssig, wenn der Ungrund der aufgestellten Behauptung durch die Zeugen oder Zugeständnisse gewiß wird. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle l. l. p. 269. sub 2.

[8] Hänsel l. l. §. 15. p. 75. Vergl. oben §. 87. not. 7.

den nicht zugelassen[9]. Die Form der Eidesleistung ist die gewöhnliche[10]. Vor Ertheilung des Bescheids und eingetretener Rechtskraft desselben, darf mit der Leistung eines Eides, welche zur Entscheidung der Sache für nöthig erachtet wird, niemals verfahren werden[11]. Erkennen die Parteien den Bescheid, in welchem auf den Eid erkannt worden ist, sofort im Termine als rechtskräftig an, und willigen sie in die sofortige Abnahme des Eides, so kann zur Abnahme desselben ohne Weiteres verschritten werden[12]. Im entgegengesetzten Falle wird nach eingetretener Rechtskraft des Bescheids ein besonderer Schwörungstermin anberaumt. Zu diesem sind die Parteien mit Einräumung einer achttägigen Frist und unter abschriftlicher Zufertigung der Eidesnotul durch Bestellzettel vorzuladen, in welchen die nach allgemeinen Grundsätzen erforderliche Verwarnung enthalten sein muß[13]. In Betreff der Dauer des Schwörungstermins und der Zeit des Eintritts der Versäumung an demselben[14], sowie hinsichtlich der Wirkungen der Leistung und Verweigerung des rechtskräftig auferlegten Eides gelten die Bestimmungen des ordentlichen Processes[15]. Auch kann sogar in Bagatellsachen über die Ergebnisse des Schwörungstermins ein neuer Bescheid nöthig, und dieser sogleich im Schwörungstermine oder in einem dazu besonders anberaumten Publicationstermine bekannt gemacht werden, wenn

---

9 Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 258 bei not. 18.

10 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 260.

11 Angez. Gesetz §. 32. Von Editions-, Gefährde- und anderen Nebeneiden, welche nicht zur Entscheidung der Sache nöthig sind, gilt dieß nicht, wohl aber von Haupteiden und Diffessionseiden. Hänsel l. l. §. 11. not. k. u. l. pag. 65 u. not. r. pag. 67. Die Eidesformel muß jedesmal im Bescheide wörtlich aufgenommen werden, damit nicht etwa über die Fassung derselben neuer Streit entsteht. Volkmann l. l. §. 231. not. l. pag. 133.

12 Angez. Gesetz §. 34. Hänsel l. l. §. 15. p. 75. not. l. Auch vor der Entscheidung können die Parteien auf Eide compromittiren. Hänsel l. l. Volkmann l. l. §. 231. not. k. pag. 133.

13 Angez. Gesetz §. 34.

14 Die Bestimmungen des Gesetzes v. 4. November 1840 — s. oben §. 85 — kommen also hier nicht zur Anwendung, wie dieß theils daraus hervorgeht, daß das erwähnte Gesetz nach seinem Eingange nur zur Erläuterung von §. 17 fg. des Gesetzes vom 16. Mai 1839 dienen soll, wo nur vom Verhandlungstermine, nicht vom Schwörungstermine die Rede ist, theils daraus, daß §. 1 und 2 des Gesetzes vom 4. November 1840 von einer Aufforderung zur Verhandlung sprechen. Die Folgen der Contumaz treten also im Schwörungstermine ohne vorausgegangenen Aufruf und zwar immer erst Mittags 12 Uhr ein. Winzer in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung Neue Folge VII, 18. p. 319.

15 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 261.

wegen eingetretener Incidentpunkte zwischen den Parteien neuer Streit entstanden ist[16]. Der Würderungseid ist nach allgemeinen Grundsätzen zulässig[17].

§. 90.

Fortsetzung. Bescheinigung durch Urkunden.

Die Urkunden, deren sich eine Partei zur Bescheinigung einer aufgestellten thatsächlichen Behauptung bedienen will, sind in allen Fällen[1] im Verhandlungstermine anzugeben[2], und in der Regel auch sogleich im Originale vorzulegen[3]. Ist die Partei, welche sich der Urkunde bedienen will[4], nicht im Stande, dieselbe schon in diesem Termine beizubringen, oder hat sie unterlassen, dieß zu thun, so kann sie darauf antragen, daß zu Vorlegung der Urkunde, sowie zu Fortsetzung und Beendigung der Verhandlung, auch Ertheilung des Bescheids[5] ein anderer Tag bestimmt werde[6]. Die dadurch veranlaßten Kosten fallen jedenfalls[7] dem Antragsteller zur Last[8]. Der zweite Termin ist in solchem Falle vom Gericht sofort mündlich festzusetzen[9], ohne daß es dabei einer

---

16 Durch Resolution kann in solchem Falle nicht entschieden werden. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 95. p. 272.

17 Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 265.

1 Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 23. Also auch dann, wenn Edition derselben gefordert wird. Hänsel ganz geringfügige Rechtssachen §. 11. not. f. pag. 63.

2 Der Beibringung einer Abschrift bedarf es zur Induction in keinem Falle.

3 Angez. Gesetz §. 24. vergl. mit §. 13. sub 6.

4 Dieß gilt also eben so vom Kläger, als vom Verklagten. Angez. Gesetz §. 24.

5 Diese kann jedoch auch von diesem anderweiten Termine getrennt und die Publication des Bescheids einem besondern Publicationstermine vorbehalten werden. Vergl. unten §. 94. Angez. Gesetz §. 33 am Ende. Zu Anzeige neuer Urkunden ist der anderweite Verhandlungstermin nicht bestimmt. Dieß erhellt aus §. 24. vergl. mit §. 23. des angez. Gesetzes. Doch können neu aufgefundene Urkunden auch in diesem anderweiten Termine beigebracht werden. Die bloße Anzeige solcher neu aufgefundenen Urkunden bleibt im zweiten Termine unberücksichtigt.

6 Angez. Gesetz §. 24.

7 Also auch dann, wenn der Gegner des Producenten sachfällig wird. Hänsel §. 11. not. d. pag. 63.

8 Angez. Gesetz l. l. Dieß gilt wenigstens dann, wenn der anberaumte neue Termin lediglich zum Zwecke der Production der von einer Partei inducirten Urkunden nöthig wird. Hänsel l. l. §. 11. p. 62 fg.

9 Wäre dieß durch Schuld des Richters nicht geschehen, so würde auf eine gegen den Bescheid eingewendete Appellation vom Obergericht auf nochmalige Anberaumung eines Termins zur Production interloquirt werden müssen. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 95. p. 270. u. unten §. 94. not. 1.

erneuerten Verwarnung bedarf[10]. Bleibt die beweispflichtige Partei in diesem zweiten Termine aus, oder versäumt sie sich an der Beibringung der erforderlichen Urkunde, so ist sie dieses Beweismittels für verlustig zu achten[11]. Neu aufgefundene Urkunden können bis zur Rechtskraft der Entscheidung jederzeit, und auch nachher noch unter denjenigen Voraussetzungen als Bescheinigungsmittel gebraucht werden, unter denen dieß im ordentlichen Processe gestattet ist[12]. Edition von Urkunden kann man nur vom Gegner selbst, vom Proceßgerichte oder anderen inländischen Behörden fordern[13]. Das Proceßgericht hat diesem Antrage sofort im Termine zu entsprechen[14]. Andere inländische Behörden werden von dem Proceßgerichte bloß durch Mittheilung des den Editionsantrag enthaltenden Protocolls um Herausgabe angegangen, und haben diesem Antrage durch Zusendung der betreffenden Urkunde oder Acten an das Proceßgericht ohne Beifügung eines besonderen Schreibens zu entsprechen[15]. Wird die Herausgabe der Urkunde vom Gegner selbst gefordert[16], so hat dieser, wenn er zur Herausgabe überhaupt nach allgemeinen Grundsätzen gesetzlich verbunden ist[17], spätestens in einem zweiten Termine die verlangte Urkunde herbeizuschaffen oder den Editionseid zu leisten[18]. Wegen Herausgabe von Urkunden, welche im Besitze dritter Privatpersonen oder ausländischer Behörden sich befinden, ist ein gerichtliches Verfahren in dieser Proceßart nicht

---

10 Angez. Gesetz §. 24.

11 Angez. Gesetz §. 24 am Ende. Doch hat das Appell.-Gericht zu Zwickau die Urkunde deßhalb berücksichtigt, weil der Gegner sich ebenfalls darauf bezogen hatte. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 95. p. 270. In Betreff der Frage, ob die säumige Partei der Urkunde nur für den vorliegenden Proceß, oder für immer verlustig werde, gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes. Hänsel l. l. §. 11. not. e. pag. 63.

12 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 287.

13 Angez. Gesetz §. 25.

14 Angez. Gesetz §. 25.

15 Angez. Gesetz §. 25. Zweifelhaft ist, ob diese Behörden den Editionseid leisten müssen, aber nach der richtigeren Ansicht zu verneinen. Volkmann l. l. §. 232. not. l. pag. 137 fg. A. M. ist Hänsel l. l. not. 1. p. 65. Die Ablehnung der Edition geschieht in Form eines zu den Acten gebrachten Protocolls. Hänsel l. l. not. n. pag. 66.

16 Das in der Erl. Pr.-O. XXVI, 1. eingeführte jusjurandum malitiae kann auch in Bagatellsachen erfordert werden. Die Leistung dieses Eides erfolgt vor der Bescheidsertheilung. Vergl. oben §. 89. not. 11.

17 Hier gelten also die allgemeinen Grundsätze. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 273.

18 Angez. Gesetz §. 25. Der Editionseid wird vor dem Bescheide geleistet. Vergl. oben §. 89. not. 11. Wird der Editionseid verweigert, so gelten die allgemeinen Grundsätze. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 274.

gestattet[19]. Kann daher die beweispflichtige Partei eine solche im Besitze von dritten Privatpersonen oder ausländischen Behörden befindliche Urkunde bis zu dem auf ihren Antrag anberaumten zweiten Termine nicht herbeischaffen, so ist ohne Rücksicht auf dieses Bescheinigungsmittel die Sache sofort hauptsächlich zu entscheiden[20]. Verlustig wird die Partei, welche die Edition forderte, in diesem Falle der Urkunde nur für den vorliegenden Proceß[21]. Dasselbe findet auch dann Statt, wenn dem an eine inländische Behörde gerichteten Editionsantrage deßhalb nicht entsprochen werden kann, weil diese Behörde sich nicht im Besitze der fraglichen Urkunde befindet[22]. Von der Verbindlichkeit des Gegners und der inländischen Behörden zur Edition[23], von der Begründung des Editionsgesuchs und von der Leistung des Editionseides, sowie den Folgen der Verweigerung dieses Eides[24] gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes. Ebenso muß die Beweiskraft der beigebrachten Bescheinigungsurkunden nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden[25]. Haben dieselben wegen eines Mangels der äußeren oder inneren Form keine volle Beweiskraft, so wird nach Befinden auf einen Bestärkungseid erkannt[26]. Der Gegner hat sich über die Aechtheit der producirten Privaturkunden sofort im Termine zu erklären. Unterläßt er dieß, so wird die Urkunde für anerkannt geachtet[27]. Dieß gilt auch von fremden Privaturkunden[28]. Erbietet sich der Pro-

---

19 Angez. Gesetz §. 25.

20 Angez. Gesetz §. 25. Mit Recht bemerkt Volkmann l. l. §. 232. not. i. pag. 137, daß man die Urkunden von dritten Privatpersonen vor Anstellung des Bagatellprocesses mit der rei vindicatio, actio publiciana oder ad exhibendum fordern könne.

21 Dem Gebrauche der Urkunde in einem anderen Processe steht die exceptio rei judicatae nicht entgegen. Vergl. den Bericht der Deput. d. II. Kammer Beilage zu III, 1. p. 313. Zweckmäßig wird die bescheinigende Partei mit dem Editionsgesuche immer eventuellen Eidesantrag verbinden.

22 Angez. Gesetz §. 25. Namentlich gehört hierher auch der Fall, wenn die zur Edition aufgeforderte inländische Behörde die Urkunde zur Zeit einer anderen Behörde mitgetheilt hat. Hänsel l. l. §. 11. not. i. pag. 64. Ueber die Frage, ob es der Leistung des Editionseides bedürfe, siehe oben not. 15.

23 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 273.

24 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 274. Vergl. jedoch oben not. 22 am Ende.

25 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 267.

26 Angez. Gesetz §. 31.

27 Angez. Gesetz §. 24.

28 Nach Hänsel l. l. §. 11. not. q. pag. 66. soll in solchem Falle die Anberaumung eines anderweiten Termins zulässig sein. Dem steht aber die allge-

duct zur Diffession, so wird entweder der Diffessionseid sofort abgenommen, oder, falls eine der beiden Parteien darauf anträgt[29], auf diesen Eid erkannt und das Erkenntniß von der Leistung desselben abhängig gemacht[30]. Die Folgen der Recognition oder Diffession sind die nämlichen, wie im ordentlichen Processe[31]. Die erfolgte Verfälschung einer öffentlichen oder Privaturkunde muß sofort bescheinigt werden, es müßte denn zu Einleitung der Criminaluntersuchung gegen den Fälscher genügender Grund vorliegen, in welchem Falle der Civilproceß sistirt und mit der Criminaluntersuchung verfahren werden muß[32]. Diffessio quoad contenta und Recognition durch Zeugen sind im Bagatellprocesse nicht ausgeschlossen und nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes zu beurtheilen[33]. Indeß muß natürlich die letztere sofort im Termine oder doch in einem zu diesem Zwecke anberaumten zweiten Termine und nach den im Bagatellprocesse vom Zeugenbeweise geltenden Grundsätzen beigebracht werden[34]. In Betreff der Recognoscibilität der Privaturkunden weicht der Bagatellproceß vom ordentlichen nicht ab[35].

§. 91.

Fortsetzung. Bescheinigung durch Zeugen.

Die Bescheinigung im Bagatellprocesse kann auch durch Zeugen geführt werden[1]. Von der Beweisfähigkeit der Zeugen gelten die allgemeinen Grundsätze[2]. Dasselbe gilt von der Ver-

---

meine Fassung von §. 24. des angez. Gesetzes u. §. 7. entgegen. Vergl. auch Volkmann l. l. §. 232. not. d. pag. 135.

29 Der Producent ist dazu berechtigt, weil ihm nach Befinden daran gelegen sein wird, Zeit zur Recognition durch Zeugen zu gewinnen. Volkmann l. l. §. 232. not. e. pag. 135. Auch dem Richter muß es freistehen, die Eidesabnahme nach seinem Ermessen auszusetzen.

30 §. 32. des Gesetzes v. 16. Mai 1839 steht dem, wie Volkmann l. l. richtig bemerkt, nicht entgegen.

31 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 268 u. 270.

32 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 268 nach not. 13.

33 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 271 u. 272.

34 Hänsel l. l. §. 11 am Ende. Bericht der Deput. d. II. Kammer l. l. p. 311 fg.

35 Angez. Gesetz §. 24, wo „beweisfähige" Urkunden erfordert werden. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 269.

1 Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 26. 27 u. 28. Hänsel ganz geringfügige Rechtss. §. 12 u. 13.

2 S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 275 u. 276. Entsteht darüber Streit, so wird, wenn der Zeuge nicht offenbar ganz unzulässig ist, mit

pflichtung derselben zum Zeugniß[3]. Die Benennung der Zeugen muß bei Verlust derselben[4] sofort im Verhandlungstermine erfolgen[5]. Entsteht der Verdacht, daß die Benennung vieler oder entfernter Zeugen in einer Gefährde des Bescheinigenden ihren Grund habe, so kann demselben, wie im ordentlichen Processe ein Gefährdeeid auferlegt werden[6]. Auch die Ertheilung von Compaßbriefen ist nicht ausgeschlossen[7]. Sind die ernannten Zeugen nach der Benennung, aber vor der Abhörung verstorben, verschollen, flüchtig, oder sonst unfähig geworden, so kann der Bescheinigende unter den im ordentlichen Processe geltenden Voraussetzungen neue ernennen, oder auch von anderen ihm zu Gebot stehenden Beweismitteln Gebrauch machen[8]. Indeß muß dieß jedenfalls in dem vom Richter anberaumten anderweiten Verhandlungstermine[9] geschehen. Auch die Beweiskraft der Zeugen ist im Allgemeinen nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes zu beurtheilen[10]. Indeß kann die Aussage eines einzigen Zeugen dann für ausreichend erachtet werden, eine unbedingte Verurtheilung oder Lossprechung darauf zu gründen, wenn der Zeuge vollkommen glaubwürdig ist, und von ihm aus eigener Wahrnehmung die zu beweisende Thatsache in ihrem ganzen Umfange bestimmt versichert wird[11]. Verdächtige Zeugen reichen auch hier nach der richtigeren Ansicht zu Beibringung voller Bescheinigung niemals aus. Vielmehr muß in dem Falle, wenn die Bescheinigung nur durch einen oder mehrere verdächtige Zeugen geführt

---

der Abhörung nichtsdestoweniger verfahren, der erhobene Einwand aber bei dem Bescheide berücksichtigt. Bericht der Deput. der II. Kammer Beilage zu III, 1. p. 318.

[3] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 277.

[4] Dieses Präjudiz steht zwar weder im Gesetze noch in dem demselben beigedruckten Formulare eines Bestellzettels, folgt aber aus §. 23 u. 26.

[5] Angez. Gesetz §. 26. vergl. mit §. 23. u. §. 13. sub 6. Dieß gilt auch von den Gegenbescheinigungszeugen. Vergl. Volkmann l. l. §. 233. not. k. pag. 141.

[6] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 284. Hänsel l. l. §. 12 am Ende. Auch die Strafen der in dieser Beziehung begangenen Gefährde sind die nämlichen. Hänsel l. l.

[7] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 284.

[8] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 287.

[9] Wird ein besonderer Publicationstermin anberaumt, so tritt nach einer milderen Praxis der Verlust des Beweismittels erst mit diesem Publicationstermine ein. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1845. V, 73. p. 192.

[10] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 278.

[11] Angez. Gesetz §. 28.

ist, zu Herstellung voller richterlicher Ueberzeugung auf einen Bestärkungseid erkannt werden[12]. Auch bedarf es keiner Vereidung der Zeugen. Dieselben haben nach der Beendigung des Verhörs lediglich mittelst Handschlags an Eidesstatt zu versichern, daß die von ihnen erstattete Aussage der Wahrheit gemäß sei. Es ist ihnen jedoch vor der Abhörung zu eröffnen, daß eine wahrheitswidrige Versicherung an Eidesstatt die Strafe des Meineids nach sich ziehen würde[13]. Den Parteien steht es frei, die Zeugen sogleich im Termine mit zur Stelle zu bringen und erforderlichen Falls abhören zu lassen. Ist dieß nicht geschehen, so hat das Gericht, wenn es zu Abhörung der von der beweispflichtigen Partei angegebenen Zeugen nach allgemeinen Grundsätzen zuständig ist, zu Abhörung derselben und zur gleichzeitigen Wiederaufnahme der Verhandlung mündlich einen anderen Tag zu bestimmen, die Zeugen dazu bei 5 Thaler Strafe vorzuladen, und die Parteien davon, ohne daß es dabei einer erneuerten Verwarnung bedarf, in Kenntniß zu setzen[14]. Sind die Zeugen einem anderen Gericht unterworfen, so ist zum Behuf ihrer Abhörung das über die Verhandlung aufgenommene Protocoll jenem Gerichte ohne besonderes Ersuchungsschreiben mitzutheilen[15]. Das auf diese Weise requirirte Gericht hat darauf die Zeugen ohne Weiteres bei 5 Thaler Strafe vorzuladen und abzuhören und das Abhörungsprotocoll entweder im Original oder in beglaubter Abschrift an das Proceßgericht einzusenden[16]. Der Zurückbehaltung einer Abschrift oder des Originals selbst bedarf es nicht[17]. Nach Eingang dieses Protocolls hat das Proceßgericht den Termin zur weiteren Verhandlung unverzüglich festzusetzen und die Parteien dazu mittelst Bestellzettels ohne besondere Verwarnung vorzuladen[18]. Stellen sich die der Gerichtsbarkeit des Proceßgerichts

---

[12] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 278 bei not. 34 u. 35. vergl. mit §. 31 des angez. Gesetzes.

[13] Angez. Gesetz §. 27. Auf gleiche Weise werden auch jüdische Zeugen verpflichtet. Gesetz v. 30. Mai 1840. §. 12.

[14] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 26. Wäre die Abhörung der von einer Partei gebrauchten Zeugen durch Schuld des Proceßrichters unterblieben, so würde auf eine von einer Partei gegen den Bescheid eingewendete Appellation vom Oberrichter die nachträgliche Abhörung angeordnet werden müssen. Vergl. unten §. 94. not. 1.

[15] Angez. Gesetz §. 26.

[16] Verordnung v. 16. Mai 1839. II. sub 3.

[17] Angez. Verordnung l. l.

[18] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 26 am Ende.

nicht unterworfenen Zeugen freiwillig vor diesem zur Abhörung ein, so bedarf es keiner Requisition[19]. Den Parteien ist es gestattet, diejenigen wesentlichen Umstände, worauf sie den Beweis durch Zeugen stellen wollen, zum Protokoll bestimmt zu bezeichnen[20], ohne daß jedoch der abhörende Richter dadurch behindert wird, das, was dabei keinen Einfluß auf die Entscheidung der Sache hat, hinwegzulassen, oder das, was etwa außerdem zur Aufklärung des Sachverhältnisses nöthig ist, hinzuzufügen[21]. Die Zeugen sind über die Thatsachen, welche durch ihre Aussage bewiesen werden sollen, summarisch, jedoch einzeln zu Protocoll zu vernehmen[22]. Dieselben dürfen vor ihrer Vernehmung weder der Verhandlung unter den Parteien, noch der Abhörung der übrigen Zeugen beiwohnen[23]. Dagegen ist es den Parteien selbst gestattet, bei der Abhörung gegenwärtig zu sein[24], und muß ihnen daher der Tag der Abhörung bekannt gemacht werden, falls diese nicht in einem Verhandlungstermine erfolgt, zu welchem sie ohnehin vorgeladen sind. Auch bedarf es dieser Bekanntmachung in dem Falle nicht, wenn die Parteien auf die deßhalb an sie gerichtete Frage[25] ausdrücklich erklärt haben, daß sie der Abhörung nicht beiwohnen wollen, oder daß es einer Nachrichts-

---

[19] Angez. Gesetz §. 26. Indeß ist der Richter zur Abhörung der freiwillig erscheinenden Zeugen nur dann berechtigt, wenn die Parteien an Gerichtsstelle anwesend sind, sie müßten denn auf die Gegenwart im Abhörungstermine ausdrücklich verzichtet haben.

[20] Auch ist es nicht unzulässig, Bescheinigungspunkte mit der Bitte zu den Acten zu geben, die Zeugen darüber mit abzuhören. Der artikelweisen Form bedarf es natürlich nicht.

[21] Angez. Gesetz §. 26. Dieß ist nicht bloß ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Richters. Thatsachen, welche auf Zeugenbeweis gar nicht gestellt sind, sondern zu deren Bescheinigung die Partei anderer Beweismittel sich bedient hat, dürfen den Zeugen natürlich nicht abgefragt werden. Haben aber die Zeugen darüber gelegentlich mit deponirt, so muß ihre Aussage berücksichtigt werden. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 95. p. 269.

[22] Angez. Gesetz §. 27. Der amtlichen Vorlegung der allgemeinen Zeugenfragen bedarf es nicht. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 44. p. 264.

[23] Verordnung v. 16. Mai 1839. II. sub 1.

[24] Angez. Gesetz §. 27. Hier ist also der an sich verwerfliche Grundsatz des ordentlichen Processes, daß in dieser Beziehung das Verfahren den Parteien gegenüber geheim sei, aufgehoben. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 294.

[25] Diese Frage soll jedesmal an die Parteien gerichtet werden, sobald vom Richter zu Abhörung der Zeugen ein anderer Tag bestimmt oder ein auswärtiges Gericht angegangen werden muß. Verordnung v. 16. Mai 1839. II. sub 2.

ertheilung vom Tage der Abhörung nicht bedürfe[26]. Im entgegengesetzten Falle darf diese Nachrichtsertheilung auch dann nicht unterbleiben, wenn die Abhörung vor einem requirirten inländischen Gerichte erfolgt[27]. Die bei der Abhörung anwesenden Parteien dürfen das richterliche Verhör nicht unterbrechen, jedoch am Schlusse desselben das Gericht auffordern, dem Zeugen zur Erläuterung oder Ergänzung seiner Aussagen noch eine oder mehrere Fragen vorzulegen[28]. Nach Beendigung des Verhörs wird den Zeugen der Handschlag an Eidesstatt abgenommen[29]. Sind bei der Abhörung beide Parteien gegenwärtig, so bedarf es der im ordentlichen Processe erforderlichen vollständigen Besetzung der Gerichtsbank nicht[30]. Vom Orte der Abhörung und der Thätigkeit des Richters bei derselben, gelten die allgemeinen Grundsätze[31].

§. 92.

Fortsetzung. Bescheinigung durch Sachverständige.

Sachverständige können vom Gericht theils unaufgefordert, theils auf Antrag einer Partei befragt werden. Die Wahl der-

[26] Diese Erklärung muß im Protocolle ausdrücklich bemerkt werden. Angez. Verordnung II. sub 2. Uebrigens ist es den Parteien unverwehrt, trotz dieser von ihnen abgegebenen Erklärung bei der Zeugenabhörung sich einzufinden.

[27] Angez. Gesetz §. 27. Von dem Falle, wenn die Zeugen ausländische sind, besagt das Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 27. u. die Verordnung v. 16. Mai 1839. sub II. nichts. Hier bedarf es also der Nachrichtsertheilung nicht zur Gültigkeit der Abhörung. Indeß wird, da die angez. Verordnung allgemein von auswärtigen Gerichten spricht, die dort vorgeschriebene Befragung der Parteien ebenfalls zu erfolgen haben, und wenn die Parteien nicht freiwillig verzichten, in der Requisition die Bitte um Nachrichtsertheilung zu stellen sein. Verweigert aber das ausländische Gericht die Zulassung der Parteien und die Beobachtung der eigenthümlichen Vorschriften des Bagatellgesetzes rücksichtlich der Zeugenabhörung, so thut dieß der Gültigkeit der Abhörung keinen Eintrag. Am allerwenigsten wird sich daraus, daß das Gesetz nur die inländischen Gerichte erwähnt, ableiten lassen, daß der Gebrauch ausländischer Zeugen im Bagatellprocesse überhaupt ausgeschlossen, oder doch nur dann gestattet sei, wenn die Partei dieselben vor dem Proceßgerichte zur Abhörung sistirt. Die Gegenwart der Parteien bei der Abhörung ist nur gestattet, nicht geboten. Angez. Verordnung sub II, 2. Daher hat das Ausbleiben der Parteien oder einer derselben im Abhörungstermine keine nachtheiligen Folgen.

[28] Angez. Gesetz §. 27. Hierbei ist es gleichgültig, ob diese Fragen den Stoff zur Führung des indirecten Gegenbeweises liefern, also interrogatoria praeliminaria sind. Vergl. Hänsel l. l. §. 12. not. f. pag. 68.

[29] Angez. Gesetz §. 27. u. oben nach not. 10.

[30] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 294 bei not. 36.

[31] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 294.

selben steht jedoch in beiden Fällen lediglich dem Gericht zu, dafern nicht die Parteien selbst über die zu wählende Person sich vereinigen[1]. Auch ist es den Parteien gestattet, gegen die Person des vom Richter gewählten Sachverständigen Einwendungen geltend zu machen, über welche sodann der Richter sofort zu Protocoll zu entscheiden und mit der Abhörung, sobald die erhobenen Einwendungen für unbegründet oder unerheblich befunden worden, ohne Weiteres zu verfahren hat[2]. Ist der gewählte Sachverständige nicht bereits mittelst eines allgemeinen Amtseides zu gewissenhafter Abgabe von Gutachten verpflichtet, so wird ihm nur das Handgelöbniß an Eidesstatt und zwar vor der Abhörung[3] abgenommen[4]. Das Gutachten eines Einzigen genügt, um über den Gegenstand der ihm vorgelegten Frage die zur Entscheidung erforderliche Gewißheit zu erlangen, es müßte denn die Person des vom Richter gewählten Sachverständigen als Bescheinigungsmittel unzulässig sein, oder gegen die Angaben des vom Richter oder von den Parteien gewählten Sachverständigen ein begründeter und erheblicher Einwand erhoben werden[5]. Die Verpflichtung und Abhörung[6] des Sachverständigen kann in Gegenwart der Parteien erfolgen[7]. Daher sind dieselben von der Zeit der Abhörung ebenso in Kenntniß zu setzen, wie dieß bei den Zeugen der Fall ist[8]. Läßt sich die Abhörung nicht sofort im ersten Verhandlungstermine bewerkstelligen, so muß zur Abhörung und Fortsetzung der Verhandlung ein neuer Termin angesetzt werden[9]. Zur Instruction der Sachverständigen wird nicht selten Besichti-

---

[1] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 29. Hänsel ganz geringf. Rechtsf. §. 14. p. 72 fg.

[2] Auch können die Parteien den vom Richter gewählten Sachverständigen compromissarisch ausschließen. Hänsel l. l. §. 14. not. b. pag. 72.

[3] Dieß folgt aus §. 29 des Gesetzes, wo es heißt, der Sachverständige sei zu gewissenhafter Abgabe seines Gutachtens durch Handgelöbniß an Eidesstatt zu verpflichten.

[4] Angez. Gesetz §. 29.

[5] Angez. Gesetz §. 29 am Ende. Hänsel l. l. §. 14. not. c. pag. 72.

[6] Daß nach Befinden die Abgabe schriftlicher Gutachten zulässig sei, kann mit Grund nicht bezweifelt werden. Volkmann l. l. §. 233. p. 144. u. not. u. daselbst. A. M. ist Hänsel l. l. §. 14. not. f. pag. 73.

[7] Dieß steht zwar nicht im Gesetz, unterliegt aber keinem Zweifel, da sogar im ordentlichen Processe die Anwesenheit der Parteien bei der Abhörung zulässig ist. Vergl. Hänsel l. l. §. 14. not. f. pag. 73. und mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 279 bei not. 39.

[8] Hänsel l. l. Vergl. oben §. 91 bei not. 24.

[9] Hänsel l. l. §. 14. p. 72 fg.

gung nöthig[10]. Haben die Parteien dahin compromittirt, daß jede von ihnen einen Sachverständigen wählen solle, so wird der Richter zu einem solchen Compromisse seine Genehmigung nicht versagen können und nach Befinden, wie im ordentlichen Processe, einen Obmann ernennen müssen[11]. Auch gelten in solchem Falle in Betreff der Collision der von den Sachverständigen abgegebenen Gutachten die Grundsätze des ordentlichen Processes[12].

§. 93.

Fortsetzung. Bescheinigung durch gerichtliche Besichtigung.

Gerichtliche Besichtigung kann in Bagatellsachen, wie im ordentlichen Processe, ebensowohl von Amtswegen, als auf Antrag einer Partei vorgenommen werden[1]. Auch ist die Zuziehung eines Sachverständigen dabei nach den im vorigen §. angegebenen Grundsätzen zulässig[2]. Da aber Ansprüche, welche auf den Erwerb, das Eigenthum oder den Civilbesitz eines Grundstücks gerichtet sind, oder welche die mit dem Besitz eines Grundstücks verbundenen Berechtigungen und Verpflichtungen betreffen, in Form des Bagatellprocesses nicht verhandelt werden können[3], so wird die gerichtliche Besichtigung gewöhnlich an Gerichtsstelle erfolgen können. Indeß ist auch die Besichtigung an Ort und

---

[10] S. darüber unten §. 93.

[11] A. M. scheint Hänsel l. l. §. 14. not. c. pag. 72. Allein die Zuziehung mehrerer Sachverständigen ist in §. 29 des angez. Gesetzes keineswegs verboten. Vielmehr ist dort nur bestimmt, daß das Gutachten eines einzigen Sachverständigen genüge. Volkmann l. l. §. 233. not. o. pag. 142.

[12] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 279. Hat der Sachverständige sein Gutachten schriftlich abgegeben, — vergl. oben not. 6. — so wird es noch eines Termins zur Vorlegung und weiteren Verhandlung bedürfen. Volkmann l. l. §. 233 am Ende pag. 144.

[1] Im Gesetze vom 16. Mai 1839. steht zwar davon nichts. Indeß ist die Zulässigkeit dieses Beweismittels keinem Zweifel unterworfen. Hänsel ganz geringf. Rechtssachen §. 14 am Ende. Bericht der Deput. d. II. Kammer Beilage zu III, 1. p. 318.

[2] Wird die Besichtigung nur zu dem Zwecke nöthig, um dem ernannten Sachverständigen Unterlagen zu dem abzugebenden Gutachten zu verschaffen, so braucht das Gericht bei der Besichtigung durch den Sachverständigen nicht zugegen zu sein. Vielmehr genügt es, wenn der Sachverständige allein sich an Ort und Stelle begiebt. Ist zu befürchten, daß über die Identität des vom Sachverständigen besichtigten Gegenstands Streit entstehen könnte, so muß den Parteien von der Zeit der Besichtigung durch den Sachverständigen Nachricht gegeben werden, damit sie sich von der Identität überzeugen können. Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1844. IV, 95. p. 271. sub 5.

[3] Vergl. oben §. 72 nach not. 9.

Stelle, wo solche ausnahmsweise nöthig wird, keineswegs ausgeschlossen, und würde daher das Gericht die Parteien und nach Befinden den Sachverständigen dazu mündlich oder mittelst Bestellzettels vorzuladen haben[4]. Von dem Verfahren bei Besichtigungen gelten die allgemeinen Grundsätze[5].

§. 94.

Von der Entscheidung in Bagatellsachen.

Die Entscheidung in Bagatellsachen ist in allen Fällen[1] definitiv[2] und zwar entweder abweisend, oder verurtheilend oder lossprechend. Fehlt es an einem genügenden Rechtsgrunde, oder erhellt der Ungrund der Klage aus den vom Kläger aufgestellten Behauptungen selbst, so wird die Klage schlechterdings[3], wegen Unzuständigkeit des Gerichts aber „allhier" und wegen vorzeitiger Geltendmachung des Anspruchs „zur Zeit" abgewiesen[4]. Abweisung in angebrachter Maaße wegen Unschlüssigkeit oder Unvollständigkeit des Anbringens ist ganz ausgeschlossen[5]. Auch kann diese Formel dann gebraucht werden, wenn sich die an sich vollständige und schlüssige Klage sonst als unbegründet darstellt[6].

---

[4] Die Vorladung der Parteien ist nur monitorisch.

[5] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 280.

[1] Von den Bescheiden der Untergerichte gilt dieß ohne Ausnahme. Fehlt es aber an der gesetzlich vorgeschriebenen Instruction der Sache, oder sind Bescheinigungsmittel, deren sich die Parteien bedient haben, lediglich durch Schuld des Proceßrichters unbenutzt geblieben, so kann die auf nachträgliche Vervollständigung der Instruction oder Bescheinigung lautende Entscheidung des Obergerichts über die gegen den Bescheid eingewendete Appellation die Natur eines Interlocuts annehmen. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 95. p. 270. u. oben §. 86. not. 19. §. 90. not. 9.

[2] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 33. Fälschlich behauptet Volkmann l. l. §. 234. not. f. pag. 145, dieß stehe nicht im Bagatellgesetz, sondern müsse nach Analogie des Mandats v. 28. Novbr. 1753 angenommen werden.

[3] Angez. Gesetz §. 18. Durch eine solche Abweisung wird aber die Geltendmachung des nämlichen Anspruchs aus anderen Gründen nicht ausgeschlossen. Dieß ist zwar bestritten und namentlich vom App.-Gerichte zu Zwickau nach Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 89. p. 295 verneint worden, kann aber aus den von Winzer in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. VII, 18. p. 320 fg. angegebenen Gründen füglich nicht bezweifelt werden. Ein ausdrücklicher Vorbehalt anderer Klaggründe ist hierbei weder erforderlich, noch von irgend einer Wirkung. Siehe indeß die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 67. p. 176 mitgetheilte Entscheidung. Vergl. auch ebendaselbst 1847. VII, 89. p. 295 fg. u. oben §. 83. not. 3.

[4] Vergl. oben §. 85 bei not. 17 fg.

[5] Angez. Gesetz §. 18 am Ende.

[6] Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 141. p. 509 fg.

Verurtheilung des Klägers darf nicht eintreten [7]. Ebensowenig kann der Verklagte in mehr verurtheilt werden, als der Kläger gefordert hat [8]. In bedingten Entscheidungen, welche auch hier zulässig sind [9], ist nicht blos auf den Fall des Eintritts, sondern auch auf den des Nichteintritts der Bedingung im Voraus Rücksicht zu nehmen [10]. Besteht daher die beigefügte Bedingung in einer Eidesleistung, so ist in dem Erkenntnisse ohne Unterschied nicht bloß für den Fall des geleisteten Eides, sondern auch für den Fall der unterbliebenen Eidesleistung im Voraus ausdrücklich zu erkennen [11]. Ueberhaupt ist das Erkenntniß in allen Fällen so einzurichten, daß ein neuer Streit, oder eine neue Entscheidung dadurch ganz ausgeschlossen wird [12]. Daher dürfen auch Ausflüchte, Repliken, Dupliken ꝛc. nicht zur besonderen Ausführung verwiesen werden [13]. Die Auferlegung eines Bestärkungs-

---

[7] Angez. Gesetz §. 22. In Folge eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Compromisses kann dieß zulässig werden. Angez. Gesetz l. l. Vergl. oben §. 73. not. 24.

[8] Für den Fall des Ungehorsams des Verklagten ist dieß ausdrücklich bestimmt. Angez. Gesetz §. 19. Hätte der Verklagte im Laufe der Verhandlung mehr eingeräumt und der Kläger sein Klaggesuch ohne Widerspruch von Seiten des Verklagten dahin ausgedehnt, so steht der Verurtheilung des Verklagten in mehr, als ursprünglich angemeldet worden war, nichts entgegen. Hänsel ganz geringfügige Rechtssachen §. 16. not. r. pag. 78. vergl. mit §. 16 des angez. Gesetzes.

[9] Angez. Gesetz §. 33.

[10] Dieß folgt aus §. 33 des angez. Gesetzes. Der Fall der Eidesleistung, von welcher das Erkenntniß abhängig gemacht wird, ist offenbar nur deßhalb ausdrücklich hervorgehoben, weil im ordentlichen Processe auf den Fall der Nichtleistung in der Regel keine Rücksicht genommen wird. Vgl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 306. bei not. 1. Von Beibringung der Sachlegitimation darf der Bescheid nicht abhängig gemacht werden. Dieß erhellt aus §. 21 des angez. Gesetzes. Vergl. oben §. 75 bei not. 10. A. M. ist fälschlich Hänsel l. l. §. 16. p. 78.

[11] Angez. Gesetz §. 33. Hänsel l. l. §. 16 am Ende p. 78.

[12] Hänsel l. l. §. 16. p. 77.

[13] Hänsel l. l. Dieß folgt aus §. 18 u. 21 des angez. Gesetzes. Daher kann auch der Verklagte in dem Falle, wenn der Kläger den ganzen Grund seiner Klage durch klare Brief und Siegel sofort liquid gemacht hat, mit seinen illiquiden Ausflüchten nicht zur Widerklage verwiesen werden. Vgl. oben §. 74 bei not. 7. Ausnahmsweise ist die Verweisung zu besonderer Ausführung dann zulässig, wenn der Verklagte einen Gegenanspruch vorschützte, welcher die Höhe von 20 Thalern übersteigt und über den in Anrechnung zu bringenden Theil des Gegenanspruchs nicht entschieden werden kann, ohne dadurch zugleich einer künftigen Entscheidung wegen des Ueberrests vorzugreifen — angez. Gesetz §. 22. und oben §. 73 bei not. 30. — ebenso in dem Falle, wenn der Gegenstand der Exception incertae aestimationis ist — Erkenntniß des Leipziger Appell.-Gerichts in Sachen Jägers c. Engel 1845. — Dasselbe gilt in dem Falle, wenn eine Partei zu Bescheinigung einer Thatsache die Edition einer Urkunde von einer inländischen Behörde — nicht vom Proceßgericht — gefordert hat, diese

eides[14] ist zulässig, wenn aus den Erklärungen der Parteien oder aus den von ihnen beigebrachten Bescheinigungsmitteln keine Gewißheit, aber doch Wahrscheinlichkeit für die Behauptung des einen oder des anderen Theils sich ergiebt[15]. Namentlich wird ein solcher Bestärkungseid dann nöthig, wenn die gebrauchten Bescheinigungsmittel ihrer Form oder Beweiskraft nach mangelhaft sind[16]. Die Collision der Bescheinigungsgründe ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen[17].

Der Bescheid wird ohne Ausnahme vom Proceßgericht selbst gefällt[18]. Actenversendung bleibt daher sogar in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen dieselbe sonst ausdrücklich anbefohlen ist[19]. Dieß gilt auch vom Executionsprocesse, wenn der Gegenstand desselben die Höhe von 20 Thalern nicht übersteigt[20], obwohl diese Proceßart auch wegen ganz geringfügiger Civilansprüche zuläßig ist[21]. Desgleichen sind Compromisse auf Actenversendung ganz unzuläßig[22]. Die Bekanntmachung des Ge-

---

aber sich nicht im Besitz der zu edirenden Urkunde befindet — vergl. oben §. 90 bei not. 22. — sowie wenn die beweispflichtige Partei eine im Besitz einer ausländischen Behörde oder einer dritten Privatperson befindliche Urkunde bis zu dem anberaumten zweiten Termine nicht herbeischaffen kann. Vergl. oben §. 90 bei not. 19 u. 20.

[14] Vom Reinigungseide ist im Gesetze nicht die Rede. Indeß hat derselbe, wie Volkmann l. l. §. 231. not. i. pag. 132 richtig bemerkt, keineswegs ausgeschlossen werden sollen.

[15] Angez. Gesetz §. 31. Vergl. auch Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1845. V, 55. p. 143 fg., wo ein Fall mitgetheilt ist, in welchem nicht auf den angetragenen, sondern auf den Erfüllungseid des Deferenten erkannt worden ist, weil außerdem Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung des Deferenten vorlag und der Delat nur de credulitate hätte schwören können, und Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1846. VI, 86. p. 262 fg.

[16] Darüber, daß ein classischer Zeuge vollen Beweis liefert, s. oben §. 91 bei not. 11.

[17] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 304.

[18] Angez. Gesetz §. 33 und 6. Der §. 33 enthält ein absolutes Verbot der Actenversendung. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1842. II, 17. p. 185 fg. Volkmann l. l. §. 234. p. 144.

[19] Also auch in dem Falle, wenn ein Patrimonialgerichtsherr, soweit dieß jetzt noch vorkommen kann, Gerichtsunterthanen bei seinen eigenen Gerichten belangt. Siehe die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII. p. 90 fg. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. l. l. Bericht der Deput. der II. Kammer Beilage III, 1. p. 284. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 119.

[20] Wochenblatt für merkw. Rechtsf. l. l. u. oben §. 40 am Ende u. §. 74 bei not. 9.

[21] Vergl. oben §. 74 bei not. 9.

[22] S. hierzu Höpfner in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. I, 9. p. 134. und die dort mitgetheilte Entscheidung des Justizministeriums. Vergl. auch oben §. 73. not. 17.

richtsbescheids erfolgt in der Regel sofort im Verhandlungstermine, oder doch in dem zu Fortsetzung und Beendigung der Verhandlung bestimmten anderweiten Termine, oder auch in Verhinderungsfällen in einem vom Proceßgericht sofort mündlich oder später mittelst Bestellzettels festgesetzten besonderen Publicationstermine [23]. Der Bescheid braucht die sonst gewöhnliche äußere Form eines Rechtsspruchs oder Gerichtsbescheids nicht zu haben, namentlich braucht derselbe nicht als ein besonderes Actenstück ausgefertigt und aufs Reine geschrieben und dann erst mittelst besonderer Registratur über die erfolgte Eröffnung den Acten einverleibt zu werden. Vielmehr kann der Bescheid in das Protocoll über die Verhandlung dergestalt aufgenommen werden, daß er sich daran unmittelbar anschließt. Indeß wird derselbe dann zweckmäßig durch eine Ueberschrift von dem übrigen Inhalte des Protocolls getrennt [24]. Die Merkmale und Erfordernisse einer Entscheidung, wodurch formelles Recht zwischen den Parteien begründet werden soll, dürfen niemals fehlen. Der Bescheid muß demnach eine bestimmte Entscheidung, zugleich aber auch, wenn auch noch so kurz gefaßte Entscheidungsgründe enthalten. Auch muß derselbe an beide Parteien gerichtet sein und beiden bekannt gemacht werden [25]. Der Mangel dieser Erfordernisse wird dadurch nicht ersetzt, daß der nur an eine Partei gerichteten unzureichenden Aeußerung des Richters im Protocolle der Name einer Bedeutung „in vim decisi" beigelegt worden ist [26]. Bleiben die Parteien in einem anberaumten Publicationstermine aus, oder haben sie sich im Verhandlungstermine vor der Eröffnung des zu Protocoll gebrachten Bescheids wieder entfernt, so wird derselbe für publicirt geachtet, wenn dieß auch vom Richter nicht ausdrücklich angedroht worden sein sollte [27].

---

[23] Angez. Gesetz §. 33. Die Frist zum Publicationstermine darf keine längere sein, als die zum Verhörstermine. Hänsel l. l. §. 16. p. 76. not. f.

[24] Verordnung v. 6. August 1844.

[25] Angez. Verordnung v. 6. August 1844. Vergl. unten bei not. 27.

[26] Angez. Verordnung v. 6. August 1844.

[27] Vergl. das angez. Gesetz §. 13. sub 6. und oben §. 85. not. 19, sowie mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 120.

§. 95.

Von den Rechtsmitteln in Bagatellsachen.

In Bagatellsachen kann[1] gegen die Entscheidung des Proceßgerichts, wie in geringfügigen Rechtssachen, innerhalb der zehntägigen Frist[2] einmal appellirt werden. Bei dem, was darauf erkannt ist, hat es sein Verbleiben[3]. Auf diese Appellation hat das Gericht in den nächsten drei Tagen nach Ablauf der zehntägigen Frist[4] den Gegner des Appellanten[5] von der eingewendeten Appellation in Kenntniß zu setzen und denselben unter Mittheilung einer Abschrift des Appellationsschreibens oder des über die Einwendung des Rechtsmittels aufgenommenen Protocolls zu eröffnen, daß nach dem Ablaufe von acht Tagen von der Behändigung[6] angerechnet, auf die Appellation zur vorgesetzten Behörde Bericht erstattet werden solle[7]. Dieser Bekanntmachung und Mittheilung bedarf es nicht, wenn die Appellation im Beisein des Gegners zu Protocoll eingewendet und protocollirt worden ist[8]. Bis zum Tage des Berichtabgangs steht es beiden Parteien frei, mit einer Ausführungs- oder Widerlegungsschrift einzukommen[9]. Das Obergericht entscheidet über die eingewendete Appellation in Form eines Erkenntnisses, jedoch ohne Bei-

---

[1] Ueber die Zulässigkeit der Rechtsmittel im Executionsprocesse, wenn derselbe einen ganz geringen Gegenstand betrifft, siehe oben §. 74 bei not. 11.

[2] Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 35 u. 36.

[3] B. Gesetz v. 28. Jan. 1835. §. 19 u. 15. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 35. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 31. Dieß gilt auch in Betreff der im Termine erfolgten Abweisung des Klägers. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 35. vergl. mit §. 18. Ueber die Verwendung des Stempelpapiers bei der Appellation s. Verordnung v. 16. Mai 1839. sub III. Verordnung v. 1. Novbr. 1842. vergl. mit Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 39. sub c. u. die im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1841. I, 7. p. 34 fg. mitgetheilte Entscheidung des Finanzministeriums.

[4] Nicht von der Einreichung der Schedul oder der mündlichen Einwendung des Rechtsmittels angerechnet.

[5] Der Notification des Tags des Berichtsabgangs an den Appellanten bedarf es nicht. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851. XI, 85. p. 364.

[6] Erfolgt die Behändigung vor Ablauf der zehntägigen Frist zur Rechtskraft, so läuft die achttägige Frist erst von Ablauf des Decendium an. Hänsel l. l. §. 17. p. 80.

[7] Angez. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 36. Einer besonderen Ausfertigung bedarf es nicht. Hänsel l. l.

[8] Angez. Gesetz l. l. Ist die Appellation in Gegenwart des Gegners schriftlich eingereicht worden, so muß die Mittheilung erfolgen.

[9] Angez. Gesetz §. 36 am Ende. Zugefertigt werden diese Schriften nicht.

fügung besonderer Verordnung[10]. Zur Justification dürfen Appellationen in Bagatellsachen niemals angenommen werden[11]. **Leuterung** kann in Bagatellsachen niemals vorkommen[12]. **Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren**, welche in einer Bagatellsache vor der Entscheidung eingewendet werden, sind nicht zu beachten[13]. Es steht jedoch der Partei, welche sich durch die Verfahrungsweise verletzt glaubt, frei, ihre hierauf gegründeten Beschwerden durch Appellation gegen den Bescheid geltend zu machen[14]. Gegen das nach Rechtskraft des Bescheids eintretende Verfahren kann einmal appellirt werden[15]. Die Oberbehörde entscheidet über solche Appellationen im Wege der Verordnung[16].

Förmliche **Nichtigkeitsbeschwerde** findet in dieser Proceßgattung gar nicht Statt, sondern es sind, wo die Nichtigkeit überhaupt besonderer Ausführung durch ein Rechtsmittel bedarf[17], die Gründe derselben mittelst Appellation gegen den Bescheid binnen zehn Tagen nach her Bekanntmachung des Bescheids anzubringen[18]. Andere Mittel, die Nichtigkeit geltend zu machen, sind nicht ausgeschlossen. Vielmehr gelten rücksichtlich dieser die allgemeinen Grundsätze[19]. Namentlich steht bei totaler Nichtigkeit des Processes dem Verklagten die exceptio nullitatis, beziehend-

---

[10] Hänsel l. l. §. 17. p. 81.

[11] B. Gesetz §. 22. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 334 bei not. 6.

[12] B. Gesetz §. 19 und 22. Gesetz vom 16. Mai 1839. §. 35. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 45.

[13] Natürlich kann aber das Proceßgericht, wenn es die Beschwerde gegründet findet, sein Verfahren auf Vorstellen des Betheiligten wieder abändern. Volkmann l. l. §. 234. not. g. pag. 145.

[14] Angez. Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 37.

[15] Namentlich also gegen diejenigen Verfügungen bei der Hülfsvollstreckung, welche nach allgemeinen Grundsätzen appellabel sind. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 373. Daß eine zweite Appellation auch hier unzuläßig sei, bestimmt B. Gesetz §. 33.

[16] B. Gesetz §. 30.

[17] Dieß gilt nach der Bekanntmachung des Ober-Appellationsgerichts v. 4. März 1848. §. 2. nur noch von dem Falle, wenn ein Erkenntniß contra acta oder contra jus in thesi verstößt. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 342 c. bei not. 12 u. §. 341 d. bei not. 12. Ueber das frühere Recht siehe Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 12. p. 36. 1844. IV, 61. p. 188. Hänsel l. l. §. 17. not. d. pag. 79. Volkmann l. l. §. 234. p. 146.

[18] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 35. Angez. Bekanntmachung des Ober-App.-Gerichts §. 9.

[19] Siehe hierüber mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 342 c.

lich die condictio sine causa zur Seite, während der Kläger die Klage von Neuem anstellen kann[20]. Zur Beseitigung formeller Nichtigkeit des Bescheids bedarf es keiner besonderen Klage. Vielmehr genügt dazu eine einfache Vorstellung oder Beschwerde. Auch kann sich der Verklagte dagegen mit der exceptio nullitatis schützen[21]. Tritt die Nichtigkeit erst nach der Rechtskraft des Bescheids ein, so kann der Nichtigkeitsgrund in Form einer exceptio nullitatis oder einer Appellation gegen das gerichtliche Verfahren, beziehendlich einer einfachen Beschwerde geltend gemacht werden[22]. Die Cassation der Entscheidung oder des Verfahrens von Seiten der Oberbehörde erfolgt mittelst Verordnung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird ebensowohl gegen versäumte Proceßhandlungen oder Fristen, als gegen Erkenntnisse und zwar nach den im ordentlichen Processe geltenden Grundsätzen ertheilt[23]. Einfache Beschwerden sind zulässig[24].

§. 96.

Von der Hülfsvollstreckung und den Proceßkosten im Bagatellprocesse.

Bei Vollstreckung der Entscheidung in Bagatellsachen gelten im Allgemeinen diejenigen Grundsätze, welche für die Hülfsvollstreckung in geringfügigen Rechtssachen vorgeschrieben sind[1]. Jedoch bedarf es bei dem Hülfsgesuche der Beilegung einer Berechnung in keinem Falle, und muß vielmehr der Richter den Schuldbetrag auch dann von Amtswegen feststellen, wenn eine solche nicht beigelegt worden ist[2]. Auch soll dem Verurtheilten oder vergleichsweise Verpflichteten zu Befriedigung des obsiegenden Theils nur eine achttägige Frist eingeräumt werden[3]. Gegen das Verfahren bei der Hülfsvollstreckung kann unter den im or-

---

[20] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 342 c. bei not. 6 fg.

[21] Siehe mein Handbuch des Sächs. ordent.. Pr. §. 342 c. bei not. 9 fg.

[22] Vergl. hierzu Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 141. p. 511.

[23] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 96 u. 345 fg.

[24] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 348. Rechtskräftige Erkenntnisse können in Folge solcher Beschwerden nicht abgeändert werden.

[1] Vergl. oben §. 81.

[2] Gesetz v. 16. Mai 1839. §. 38. sub a.

[3] Angez. Gesetz §. 38. sub b.

dentlichen Processe geltenden Beschränkungen einmal appellirt werden[4].

Die gerichtlichen und außergerichtlichen Gebühren werden nach sehr niedrigen Sätzen erhoben[5]. Von den Verlägen gilt dieß natürlich nicht. Die Kosten der Sachwalter brauchen nicht bei Verlust vor dem Bescheide zu den Acten liquidirt zu werden[6]. Die Grundsätze hinsichtlich der Erstattung und Compensation der Proceßkosten weichen von denen des ordentlichen Processes nicht ab[7]. Indeß ist diejenige Partei, welcher die Erstattung der Proceßkosten auferlegt wird, zu Erstattung der außergerichtlichen Kosten niemals verbunden[8] und macht es dabei keinen Unter-

---

[4] Vergl. oben §. 95 bei not. 12. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 373. Ueber die Verwendung des Stempelpapiers bei der Hülfsvollstreckung s. das angez. Gesetz §. 39. sub c. Verordnung vom 16. Mai 1839. sub III. Verordnung v. 1. Novbr. 1842 und die im Wochenblatte für merkwürd. Rechtsfälle 1841. I, 7. p. 34 fg. mitgetheilte Entscheidung des Finanzministeriums.

[5] Angez. Gesetz §. 39 u. 40. Siehe hierzu Winzer in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung Neue Folge VII, 18. p. 316 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 129. p. 484 fg. Ist von den Parteien mit Genehmigung des Gerichts dahin compromittirt worden, daß eine größere Rechtssache in Form des Bagatellprocesses verhandelt werden solle, so leiden diese Bestimmungen des Gesetzes vom 16. Mai 1839. l. l. keine Anwendung. Angez. Gesetz §. 45. Vergl. oben §. 71 bei not. 33. u. §. 82. not. 2. Hänsel ganz geringf. Rechtsf. §. 18. not. a. pag. 81. Wegen der Kostensätze bei Beitreibung ganz geringfügiger Expensforderungen, welche in Folge größerer Rechtssachen entstanden sind, siehe Verordnung v. 31. Januar 1845. u. oben §. 72. not. 6 am Ende. Auf ganz geringe Verwaltungsstreitigkeiten leiden die Bestimmungen des Bagatellgesetzes v. 16. Mai 1839 in Betreff der Kostenansätze keine analoge Anwendung. Verordnung v. 17. April 1845. Wegen der geringfügigen Rechtssachen vergl. oben §. 82. not. 2 am Ende.

[6] Denn das Gesetz vom 14. Mai 1840 läßt sich auf den Bagatellproceß nicht anwenden. So hat sich auch das Appell.-Gericht zu Dresden 1844 ausgesprochen.

[7] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 198 fg. Die Erstattung der Gerichtskosten ist ausdrücklich vorgeschrieben, wenn der Beklagte in contumaciam verurtheilt wird — angez. Gesetz §. 19. — wenn der Kläger im Termine ausbleibt — angez. Gesetz §. 17. — wenn der Kläger seine Klage nicht substanziiren kann und daher schlechterdings abgewiesen wird — angez. Gesetz §. 18.

[8] Angez. Gesetz §. 10. In dem Falle jedoch, wenn außergerichtliche Kosten von ganz geringfügigem Betrage, welche bei Gelegenheit eines Rechtsstreits erwachsen sind, den alleinigen Gegenstand eines nach völlig entschiedener und beendigter Hauptsache einzuleitenden selbständigen Executionsverfahrens ausmachen, sind dieselben lediglich als ein Annexum des Hauptstreits anzusehen und ist daher der betheiligte Sachwalter berechtigt, die Erstattung der durch das Executionsverfahren erwachsenen außergerichtlichen Gebühren und Verläge zu fordern. Vergl. das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 141. p. 368 mitgetheilte Erkenntniß des Dresdner Appell.-Gerichts. Die Verordnung v. 31. Januar 1845 steht dem nicht im Wege, da sich dieselbe ausdrücklich nur auf §. 39 und 40 des Gesetzes v. 16. Mai 1839 bezieht.

schied, ob diese Kosten in Gebühren oder in Verlägen bestehen, und ob dieselben vor oder nach der Rechtskraft der Entscheidung aufgelaufen sind [9]. Vom Gebrauche des Stempelpapiers gelten eigenthümliche Grundsätze, von denen hier nicht die Rede sein kann [10]. Vom Armenrechte ist bereits oben das Nöthige gesagt worden [11].

Vierte Abtheilung.

Vom Provocationsprocesse.

Fünfzehntes Capitel.

Vom Provocationsprocesse im Allgemeinen.

§. 97.

Begriff der Provocationen.

Nach allgemeinen Grundsätzen wird zu Geltendmachung der Rechte und namentlich zu Anstellung der Klage Niemand gezwungen [1]. Darnach steht es dem Berechtigten nicht nur frei, auf

---

[9] S. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1842. II, 130. p. 413 fg. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums. Winzer in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge VII, 18. p. 317 fg. Indeß hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1847 die Ansicht ausgesprochen, daß die Erstattung der Extrajudicialien gefordert werden könne, wenn sich der Gegner dazu vertragsmäßig verbindlich gemacht hat. S. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 129. p. 484 fg. Ueber die Verbindlichkeit der Partei, ihrem eigenen Anwalte für schriftliche Eingaben Gebühren und Verläge zu bezahlen, siehe oben §. 75. not. 6.

[10] Angez. Gesetz §. 39. Verordnung dazu sub III. Verordnung v. 1. Novbr. 1842. u. oben not. 4. u. §. 95. not. 3. Verordnung vom 31. Januar 1845 und die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. X. p. 529 fg. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums v. 8. September 1851.

[11] S. oben §. 75 am Ende.

[1] Fr. 5. §. 6. Dig. de doli mali et metus exceptione XLIV, 4. Fr. 42. Dig. de reg. juris L, 17. Const. un. Cod. Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur II, 7. Const. 4. Cod. de usuris pupill. V, 56. Const. 20. Cod. de pign. et hyp. VIII, 14. Sachsenspiegel I, 62. §. 1. Alte Pr.-O. I, 4 am Ende. Claproth Summ. Proc. §. 268. Glück Comm. VI. §. 532. p. 480. v. Linde Lehrbuch §. 335. not. 2. v. Bayer Summ. Pr. §. 51. Breidenbach im Archiv für die civil. Praxis III, 21. §. 7. p. 336 und IV, 10. p. 65 fg. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 177. Schweitzer Provocationsproceß, Leipzig 1806. §. 1. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 168. Mein Lehrbuch §. 121 bei not. 12.

sein Recht, soweit es nicht mit Verbindlichkeiten verknüpft ist, gänzlich oder theilweise zu verzichten, sondern derselbe kann auch nicht genöthigt werden, seinen Anspruch nach eingetretener Rechtsverletzung früher zu verfolgen, als es ihm beliebt[2]. Nichtsdestoweniger giebt es Fälle, in denen der Berechtigte ausnahmsweise vom Richter zu Verfolgung seines Rechts unter Androhung bestimmter Nachtheile aufgefordert werden kann[3]. Derartige Aufforderungen werden vom Richter entweder mittelst öffentlicher oder mittelst Privatladung und zwar entweder von Amtswegen, oder auf Antrag eines Betheiligten erlassen. Die öffentlichen Aufforderungen heißen Edictalladungen[4], während die vom Richter privatim erlassenen, je nachdem ein vorausgegangener Antrag des zukünftigen Beklagten dazu Veranlassung gab oder nicht, unter dem Namen der Provocation und Adcitation vorkommen. Von der Letzteren, welche nicht leicht vorkommt und unter Androhung von Nachtheilen nicht erlassen werden darf, muß in der Lehre vom ordentlichen Processe die Rede sein[5], während die Provocation sowohl, als die Edictalladungen, insoweit sie die Präclusion der ausgebliebenen Betheiligten bezwecken, außerordentliches Verfahren zur Folge haben und daher in der Darstellung der summarischen Processe ihren Platz finden müssen. Dem Gesagten zu Folge versteht man unter Provocation die auf Antrag des zukünftigen Beklagten[6] an einen bestimmten[7] künftigen Kläger privatim[8] erlassene peremtorische Aufforderung zu Gel-

---

[2] Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 168. Die Verjährungsfrist muß er freilich einhalten. Glück l. l. Vermehren in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. II, 9. p. 319 fg.

[3] Diejenigen Fälle, welche nach der gewöhnlichen Annahme schon das römische Recht hierher gezählt haben soll, gehören eigentlich gar nicht hierher. Vergl. Claproth Summ. Proc. §. 267 fg. Glück l. l. p. 480 fg. v. Linde l. l. §. 335. not. 1. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Proc. ꝛc. IV. §. VIII. p. 251. Schweitzer l. l. §. 1. not. 4. p. 2.

[4] S. darüber unten §. 110 fg. Glück l. l. p. 482. Breidenbach l. l. p. 332 fg. Kori Summ. Pr. §. 137.

[5] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 195. Diese werden also von Amtswegen erlassen, dürfen aber keine Präjudizien enthalten und kommen daher nicht leicht vor.

[6] Zur Klaganstellung gegen einen Dritten kann nicht provocirt werden. S. unten §. 101.

[7] Jgstr Rchs-Abschied v. 1654. §. 83, wo dieß in Betreff des Diffamationsprocesses ausdrücklich bestimmt wird.

[8] v. Linde l. l. §. 336 bei not. 1. In denjenigen Fällen, wo nach allgemeinen Grundsätzen an die Stelle der Privatladung öffentliche Ladung tritt, kann dieß natürlich auch hier geschehen. Vergl. unten §. 110.

tendmachung[9] des dem Letzteren wirklich oder vermeintlich zustehenden Rechts. Ueber die Zulässigkeit einer solchen Aufforderung, über die Verbindlichkeit des künftigen Klägers, seinen Anspruch innerhalb bestimmter Frist und bei Vermeidung bestimmter Nachtheile geltend zu machen, muß derselbe gehört werden und findet darüber ein processualisches Verfahren Statt, welches präparatorischer Natur ist[10] und in welchem die in der künftigen Hauptsache als Kläger thätige Person die Rolle des Beklagten, die in der künftigen Hauptsache als Beklagter thätige Person dagegen die Rolle des Klägers übernimmt[11]. Dieser präparatorische Rechtsstreit heißt provocatorischer, Provocationsproceß, Aufforderungsproceß, processus provocatorius[12].

---

[9] Die Provocation enthält also wenigstens zunächst immer nur die Aufforderung zur Geltendmachung eines Rechts. Darin liegt aber oft zugleich eine Aufforderung zum Beweise der Wahrheit der das Recht begründenden Thatsachen. Vergl. v. Linde l. l. §. 336. not. 3. v. Bayer l. l. §. 54 u. 60. Eine Nöthigung zur Klaganstellung enthält nur die provocatio ex lege „Diffamari“, während die provocatio ex lege „Si contendat“ nur die Nöthigung zur Vertheidigung gegen eine peremtorische Ausflucht, also zum Repliciren bezweckt. S. unten §. 101.

[10] Danz Summ. Pr. §. 73. Ausg. II. v. Gönner Handbuch IV, 73. §. 11. Martin Lehrbuch §. 255. vergl. mit §. 98. Berger Elect. Process. Provocatorii, Lipsiae 1745. §. 16 u. 17. Ejusdem Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 334. Schweitzer l. l. §. 1. p. 3. Biener Syst. §. 299. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 255. Natürlich gilt dieß nur von dem Falle, wenn die Hauptklage vom Provocaten später wirklich angestellt wird. Ist dieß nicht geschehen, so behält der provocatorische Rechtsstreit die Eigenschaft eines Hauptstreits. Biener l. l. Einen Einfluß äußert übrigens dieser präparatorische Rechtsstreit lediglich auf die Einleitung, keineswegs auf den Charakter und den Verlauf des Hauptstreits. Das vorbereitende Verfahren hört auf, sobald die Hauptklage angestellt wird. Claproth l. l. §. 277 u. 289. v. Linde l. l. §. 336. Martin l. l. §. 255. v. Bayer l. l. §. 57. Schweitzer l. l. §. 1. p. 4. u. unten §. 98 bei not. 14.

[11] Schweitzer l. l. §. 1. p. 4. Biener l. l. §. 299. Der Provocationsproceß ex lege „Si contendat“ bezweckt sogar die definitive Erledigung der Frage, ob dem Provocanten die peremtorische Ausflucht zur Seite stehe. S. unten §. 101.

[12] Rchs-Abschd. von 1530. §. 93. Rchs-Camm.-Ger.-Reform. v. 1531. §. 35. Rchs-Abschd. v. 1532. Art. III. §. 2. Landfriede v. 1548. Art. 14. §. 8. Rchs-Camm.-Gerichts-Ordnung von 1555. II, 10. §. 9. u. II, 25. Concept der Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1613. II, 11. §. 12. u. II. 27. Jgstr Rchs-Abschd. v. 1654. §. 83. Alte Pr.-O. I, 4 am Ende. Erl. Pr.-O. V, 5. 6 u. 7. u. X, 2 am Ende. Koch Diss. de foro competente provocationis ex lege diffamari, Giessen 1783. Claproth l. l. §. 267 fg. Danz l. l. §. 70 fg. Ausg. II. v. Gönner l. l. IV, 73. Glück l. l. VI. §. 532 fg. p. 480 fg. Martin l. l. §. 255 fg. v. Linde l. l. §. 335 fg. v. Bayer l. l. §. 51 fg. Mittermaier l. l. IV. §. VIII. p. 250 fg. Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. V, 5 fg. p. 95 fg. Berger Electa Processus Provocatorii, Lipsiae 1745. Schweitzer über den Provocationsproceß besonders nach chursächsischem Rechte, Leipz. 1806. Biener l. l. §. 299 fg. Kori

§. 98.

Allgemeine im Provocationsprocesse geltende Grundsätze.

Der Provocationsproceß steht mit dem Hauptprocesse im engsten materiellen Zusammenhange und ist diesem Hauptprocesse gegenüber als Nebensache zu betrachten[1]. Derselbe muß nothwendig bei demjenigen Gerichte verhandelt werden, welches für die zukünftige Hauptsache den ordentlichen Gerichtsstand bildet[2]. Kann die künftige Hauptklage bei mehreren Gerichten electiv angestellt werden, so steht dem Provocirenden zwischen diesen mehreren Gerichten die Wahl zu. Der provocirte Kläger ist jedoch in solchem Falle an das vom provocirenden Beklagten gewählte Forum keineswegs gebunden. Vielmehr steht ihm auch dann

---

Summ. Pr. §. 137 fg. Volkmann System §. 278. p. 330 fg. Ueber die Entstehung dieses Processes s. unten §. 98 am Ende.

[1] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 30 u. 31. Mein Lehrbuch §. 13.

[2] Rchs-Abschd. v. 1532. III, 2. Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555. II, 25. Concept der Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1613. II, 27. §. 2. Erl. Pr.-O. V, 6. Koch Diss. laud. §. 10 fg. Claproth Summ. Pr. §. 271. Danz Summ. Pr. §. 74. Ausg. II. v. Gönner Handbuch IV, 73. §. 11. sub VIII. Glück Comm. VI. §. 533 a. p. 493. v. Bayer Summ. Proc. §. 55 u. 61. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. rc. IV. §. VIII. p. 270. Chop im Archiv für die civ. Praxis XIII, 17. p. 336 fg. Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. V, 6. s. v. „verordnen." Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 5. Leyser Med. ad Pand. Sp. 81. med. 3 u. 4. Hommel Rhaps. Obs. 833. Schweitzer Provocationsproceß §. 19. p. 93 fg. Pfotenhauer Doctr. Proc. §. 136. u. §. 12. Bielitz Gerichtsstand §. 11. p. 43. Biener Syst. §. 300. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 256. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 144. Mein Lehrbuch §. 81. und die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 126. p. 367 fg. u. von Ackermann Rechtssätze N. F. V, 729. p. 250 fg. mitgetheilten Präjudizien des Ober-Appell.-Gerichts. A. M. für das gemeine Recht sind Lotz civilist. Abhandlungen p. 162 fg. Gensler Commentar zu Martin II. p. 89. v. Linde Lehrbuch §. 336. not. 10. mit Bezugnahme auf den Jgsten Rchs-Abschied von 1654. §. 83. Ueber die mit Preußen, Altenburg, Reuß jüngerer und älterer Linie, Weimar-Eisenach und Coburg-Gotha wegen des Gerichtsstands in Provocationssachen abgeschlossenen Verträge s. die Verordnungen vom 21. December 1839, vom 26. Juni 1840, vom 21. Juli und 27. October 1845, vom 11. Februar 1847 und 27. Juli 1848. Art. 7, vergl. mit Art. 24. sub 5. u. über den mit Baden abgeschlossenen Staatsvertrag die Verordnung vom 31. Juli 1855. Art 7. Vergl. auch die Verordnung der Landesregierung v. 30. September 1819. Nach diesen Staatsverträgen werden die Provocationsklagen bei demjenigen Gerichte erhoben, vor welches die rechtliche Ausführung des Hauptanspruchs gehört haben würde, und wird daher die von diesem Gerichte besonders im Falle des Ungehorsams ausgesprochene Sentenz von der Obrigkeit des Provocirten als rechtsgültig und vollstreckbar anerkannt.

noch zwischen den verschiedenen Gerichtsständen die Wahl zu[3]. Auch kann der provocirte Kläger in dem Falle, wenn der provocirende Beklagte nach Anstellung der Provocationsklage und vor Insinuation der Hauptklage seinen Gerichtsstand geändert hat, die Hauptklage bei dem Gerichte nicht anstellen, bei welchem die Provocationsklage erhoben war[4]. Eine Prorogation des Gerichtsstands oder Prävention wird demnach durch die Provocation nicht begründet[5], es müßte denn der Provocationsproceß sofort in den Hauptproceß übergehen[6]. Hat indeß der Provocirende die Provocationsklage bei einem unzuständigen Gerichte erhoben, so muß er die Anstellung der Hauptklage bei diesem unzuständigen Gerichte sich gefallen lassen[7], wenn sonst nach allgemeinen Grundsätzen Prorogation zulässig ist[8]. Durch die Anstellung des Provocationsprocesses und durch die in Folge der Provocationsklage vom Richter erlassene Ladung wird die Hauptsache nicht rechtshängig[9], auch die Verjährung der Hauptklage nicht unter-

---

[3] Glück Comm. VI. §. 533a. p. 494 fg. v. Bayer l. l. §. 55. Chop l. l. p. 342. Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. V, 6. s. v. „ordentlichen foro." Wernher Obs. For. P. I. Obs. 211. Bielitz Gerichtsstand §. 12. p. 48. Schweitzer l. l. §. 19. p. 107. Biener l. l. §. 300 am Ende. Volkmann l. l. §. 279. p. 336. S. auch das im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 126. p. 366 mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Appell.-Gerichts und das von Kind Sammlung auserlesener Rechtssprüche I, 26. p. 142 mitgetheilte Erkenntniß des vormaligen Appell.-Gerichts. Die Bestimmungen über das forum continentiae causarum ex connexitate lassen sich hiergegen nicht anführen, denn die Hauptsache ist an den Gerichtsstand der Nebensache nicht gebunden. Glück l. l. §. 533b. pag. 510. u. §. 533a. pag. 494. Chop l. l. p. 342. Mittermaier l. l. p. 271. Wernher l. l. P. I. Obs. 211. Bielitz l. l. §. 11. p. 43. Pfotenhauer l. l. §. 136. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 144. Mein Lehrbuch §. 81 bei not. 8. Wochenblatt l. l. p. 367. Mit Unrecht hält dieß v. Linde l. l. §. 336. not. 9. für inconsequent. Vergl. noch Kori Summ. Pr. §. 137. p. 258, welcher a. M. ist.

[4] S. das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 126. p. 366 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[5] Koch Diss. laud. §. 17. Danz Ordentl. Pr. §. 39. v. Gönner l. l. §. 9. Glück l. l. VI. §. 533a. pag. 494. Wernher l. l. P. I. Obs. 211. Schweitzer l. l. §. 19. p. 106 fg. Der Provocationsproceß selbst wird durch Insinuation der Ladung zum Verhörstermine rechtshängig. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 132 u. 131. Mein Lehrbuch §. 186 bei not. 2.

[6] Danz Ordentl. Pr. §. 39. Schweitzer l. l. §. 19. p. 108.

[7] Schweitzer l. l. p. 109.

[8] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 132. Mein Lehrbuch §. 74.

[9] Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung von 1555. II, 25. Jgstr Rchs-Abschd. von 1654. §. 83. Mevius Decis. I, 298. III, 850. VI, 9. VIII, 169. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörtr. III, 62. Martin l. l. §. 255. v. Linde

brochen[10]. Das Provocationsverfahren gehört zu den Contumacialverfahren[11], da der Zweck des Provocirenden ausschließlich darauf gerichtet ist, den Provocirten zu Geltendmachung seiner klägerischen oder replicatorischen Ansprüche bei Verlust derselben zu nöthigen. Den Streitgegenstand bildet lediglich die Frage, ob Veranlassung zur Provocation vorhanden war und ob der zukünftige Kläger zu Erhebung[12] der Hauptklage oder zur Erklärung auf die Ausflucht des künftigen Beklagten[13] verpflichtet sei. Daher erlischt der Gegenstand des provocatorischen Processes, sobald der Beklagte während desselben die Hauptklage anstellt und bleibt nachher nur noch die Verbindlichkeit zur Uebertragung der Kosten des Provocationsprocesses in Frage[14]. Die Berechtigung zur Anstellung des Provocationsprocesses ist als Ausnahme von der Regel anzusehen[15]. Mithin beschränkt sich die Zulässigkeit der Provocation auf die durch Gesetz und Gerichtsbrauch eingeführten Fälle[16]. Jedoch ist die Provocationsklage kein subsidiarisches Rechtsmittel. Vielmehr kann dieselbe auch dann erhoben werden, wenn der provocirende Beklagte durch Erhebung einer selbständigen Klage zu dem nämlichen Resultate gelangt sein würde[17].

---

l. l. §. 336. Mittermaier l. l. p. 271. Schweitzer l. l. §. 19. p. 107. Biener l. l. §. 300. und das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 126. p. 367 mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Appell.-Gerichts.

[10] Mevius l. l. III, 24. Claproth l. l. §. 277. Martin l. l. §. 255. v. Linde l. l. §. 336. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 257.

[11] v. Gönner l. l. IV, 73. §. 10. sub V.

[12] Dasselbe gilt von Fortstellung einer bereits erhobenen und liegen gelassenen Klage. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1842. II, 32. p. 144.

[13] Vergl. unten §. 101. not. 5.

[14] Schweitzer l. l. §. 1. p. 4. v. Linde l. l. §. 336. v. Bayer l. l. §. 57. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 258. Volkmann l. l. §. 282. p. 354. u. oben §. 97. not. 10. Vergl. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 35. Ueber die Kosten des Provocationsprocesses wird dann, wenn die Hauptklage bei demselben Gerichte angestellt worden ist, wo die Provocationssache anhängig war, im Hauptprocesse mit entschieden. Kori l. l. Gett practische Erörterungen No. 36. p. 321 fg. Im entgegengesetzten Falle kann die Entscheidung darüber erst dann gefällt werden, wenn der Hauptproceß sein Ende erreicht hat. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1848. VIII, 117. p. 447 fg.

[15] Vergl. oben §. 97 bei not. 1.

[16] v. Linde l. l. Breidenbach im Archiv für die civilist. Praxis III, 21. p. 325 fg. Gesterding ebendaselbst VII, 8. p. 138 fg. v. Mittermaier l. l. p. 260 fg. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 254. A. M. ist v. Gönner l. l. IV, 73. §. 2 fg. Ausnahmen von der Regel dürfen aber nicht ausgedehnt werden. Ueber die Unzweckmäßigkeit der Ausdehnung des Provocationsprocesses auf Injuriensachen s. besonders Mittermaier l. l. p. 261 fg.

[17] Glück l. l. VI. §. 533 b. pag. 507 fg. vergl. mit §. 533 a. pag. 486. Martin l. l. §. 255. not. l. v. Bayer l. l. §. 53 am Ende. Breidenbach

Die Parteien im Provocationsprocesse heißen Provocant und Provocat. Den Römern war das Institut der Provocationen unbekannt[18].

§. 99.

Unterarten des Provocationsprocesses.

Nach Verschiedenheit des Grunds, aus welchem der zukünftige Beklagte zur Provocation des zukünftigen Klägers berechtigt sein kann, werden zwei Unterarten des Provocationsprocesses, der provocatorische Proceß ex lege „Diffamari" und der provocatorische Proceß ex lege „Si contendat" unterschieden[1]. Der erstere ist dann zulässig, wenn der Provocat den

---

im Archiv für die civilist. Praxis IV, 10. p. 65 fg. Francke ebendaselbst XVIII, 9. p. 233 fg. Mittermaier l. l. p. 272. Schmid Handbuch §. 180. p. 43 fg. Carpzov Resp. II, 57. n. 5 fg. Schweitzer l. l. §. 9. p. 59 fg. Gottschalk Disc. For. II, 7. p. 73 fg. III, 12. p. 158. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis I, 8. p. 48. Volkmann l. l. §. 279. p. 339. und die im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1843. III, 42. p. 108. u. in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. XII. p. 383. sub b, sowie von v. Hartitzsch Entscheidungen pract. Rechtsfr. No. 328 u. von Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 517. p. 33 fg. mitgetheilten Präjudizien des Ober-Appell.-Gerichts. A. M. sind mit Bezug auf fr. 16. Dig. de minoribus IV, 4. Claproth l. l. §. 270. 274 u. 285 fg. Danz l. l. §. 72 u. 85. Ausg. II. Koch Diss. laud. §. 10. Mevius Decis. I, 144. n. 3. v. Gönner l. l. §. 10. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörtr. IV, 6. p. 37. v. Linde l. l. §. 336. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 1. Ejusdem El. Proc. Prov. §. 8 u. 15. Leyser Med. ad Pand. Sp. 81. med. 7. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 255 fg. und die neuen Herausgeber zu Biener l. l. §. 300. Obs. Vergl. auch die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1855 N. F. III, 76. p. 330 fg. und 334 fg. mitgetheilten Erkenntnisse der Juristenfacultät zu Heidelberg und des Ober-Appell.-Gerichts zu Jena. Daher kann derjenige, welcher zu Anstellung der Negatorienklage berechtigt ist, nach der richtigeren Ansicht den Gegner zu Anstellung der Confessorienklage provociren. S. unten §. 100.

[18] Die beiden römischen Gesetzstellen — const. 5. Cod. de ingenuis manumissis VII, 14. und fr. 28. Dig. de fidejussoribus et mandatoribus XLVI, 1. — nach denen die beiden Unterarten des Provocationsprocesses benannt sind, enthalten nichts vom Provocationsprocesse. Ebensowenig läßt sich fr. 18. Dig. Quod vi aut clam. XLIII, 24. hierher ziehen. Meister Diss. de falsa probatione processus provocatorii ex jure Romano, Goetting. 1742. in dessen Opusc. I, 2. p. 76 fg. Danz l. l. §. 70. Ausg. II. Glück l. l. VI. §. 532. p. 484. v. Linde l. l. §. 335. v. Bayer l. l. §. 52. Adolph Martin in Martin u. Walchs Magazin I, 7. p. 283 fg. Chop im Archiv für die civil. Praxis XIII, 17. p. 319. Francke ebendaselbst XVIII, 9. p. 224. Mittermaier l. l. p. 250 fg. Berger Elect. Proc. Provoc. §. 4 u. 47. Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. V, 5. s. v. „zur Genüge" p. 95. Kind Quaest. For. III, 19. Gottschalk l. l. II, 7. Biener l. l. §. 299.

[1] Biener Syst. §. 300. Kori Summ. Proc. §. 137. p. 254 fg. §. 99. Ueber die Benennung dieser beiden Unterarten des Provocationsprocesses, welche durch die Glossatoren eingeführt ist, s. oben §. 98. not. 18.

Provocanten diffamirt, d. h. eines ihm gegen den Provocanten zustehenden Rechts[2] sich gerühmt hat[3]. Der letztere kann dann angestellt werden, wenn der Provocant fürchtet, daß die ihm gegen den Anspruch des Gegners[4] zustehenden peremtorischen Ausflüchte[5] verloren gehen möchten[6], falls der Provocat mit Anstellung der ihm zustehenden Klage länger zögern sollte[7]. Im ersteren wird also eine vorausgegangene Diffamation, im letzteren drohender Verlust der Ausflüchte erfordert. Im ersteren läugnet der Provocant den Grund der zukünftigen Hauptklage, zu deren Anstellung er den Provocaten auffordert, im letzteren giebt er den Grund der Hauptklage zu[8], während es hier in allen Fällen der Vorschützung peremtorischer Ausflüchte bedarf, auf welche der Provocat bei Verlust seiner Einwendungen sich erklären soll[9]. Im ersteren geht die Absicht des Provocanten dahin, daß dem Gegner, falls sich derselbe an Anstellung der Hauptklage versäumen oder im Hauptprocesse sachfällig werden sollte, ewiges Stillschweigen, also Verlust seines Klagrechts auferlegt werden, im letzteren verlangt der Provocant, daß die ihm zustehende Ausflucht für eine immerwährende, auch der Provocat seiner Re-

---

[2] Der Anspruch kann ebensowohl ein dinglicher als ein persönlicher sein. S. unten §. 100 bei not. 14. Klagbarkeit desselben wird nicht erfordert. S. unten §. 100 bei not. 30.

[3] S. unten §. 100.

[4] Auch hier ist es gleichgültig, ob der Anspruch dinglich oder persönlich ist. S. unten §. 101. Derselbe muß bereits klagbar sein. S. unten §. 101 bei not. 12.

[5] Darunter sind auch diejenigen Exceptionen zu verstehen, welche von Anderen gemischte oder dilatorische auf die Hauptsache bezügliche Exceptionen genannt werden. v. Bayer Summ. Pr. §. 60. p. 144. u. not. 10 daselbst. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 230. Ueber die Frage, ob eigentliche dilatorische Einreden zu Anstellung der Provocationsklage ex lege „Si contendat“ Veranlassung geben können und ob diese Proceßart zum Schutze von Repliken gestattet sei, s. unten §. 101. not. 6.

[6] Ueber die Unzulässigkeit der Ausdehnung dieser Proceßart auf den Fall, wenn nicht der Verlust der Ausflucht, sondern nur der Verlust der Beweismittel droht, oder wenn die Ausflucht nur ihrem Erfolge nach nutzlos werden möchte, s. unten §. 101.

[7] S. unten §. 101. Einer vorausgegangenen Diffamation bedarf es also hier nicht. v. Bayer Summ. Pr. §. 58. Schweitzer Provocationsproceß §. 19. p. 63 fg. Biener Syst. §. 300.

[8] Strenggenommen wird dieß zu Begründung dieser Provocationsklage erfordert. Da aber nach der Eventualmaxime auch mit verneinender Einlassung die Vorschützung peremtorischer Ausflüchte verbunden werden kann, so muß es auch gestattet sein, den Klaggrund zu läugnen. Claproth Summ. Pr. §. 186. Glück Comm. VI. §. 533 b. pag. 503 fg. Martin Lehrbuch §. 257. Dieß übersehen Schweitzer l. l. §. 12. p. 67. Biener l. l. §. 300.

[9] S. unten §. 101. not. 5.

pliken für verlustig erklärt werden möchte[10]. Endlich unterscheiden sich beide Provocationen durch die Form des in Folge derselben stattfindenden Verfahrens[11]. Hat der Provocant beide Proceßarten mit einander vermengt, ist namentlich bei der Provocation ex lege „Si contendat" zugleich auf ewiges Stillschweigen libellirt worden, so soll die Provocation deßhalb nicht verworfen, jedoch bei Abfassung des Erkenntnisses blos dasjenige berücksichtigt werden, was sich nach Beschaffenheit eines jeden Rechtsmittels gebührt[12]. Cumulation beider Provocationen ist dem Gesagten zu Folge unmöglich[13]. Ebensowenig können dieselben electiv concurriren[14]. Der provocatorische Proceß ex lege „Diffamari" kommt auch unter dem Namen des Diffamationsprocesses vor.

§. 100.

Nähere Charakterisirung der Provocation ex lege „Diffamari." Von der Diffamation*.

Der Grund zur Anstellung der Provocation ex lege „Diffamari" beruht auf einer Diffamation, welche der Provocant erlitten hat. Unter dieser Diffamation versteht man nach dem heutigen Gerichtsbrauche[1] jede Aeußerung, welche dahin geht,

---

[10] Wernher Obs. For. P. X. Obs. 315. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 13. Schweitzer l. l. §. 18. p. 90 fg. Biener l. l. §. 300. Vergl. Adolph Martin in Martins u. Walchs Magazin I, 7. p. 345. §. 18. Martin l. l. §. 257. v. Linde Lehrbuch §. 338. v. Bayer l. l. §. 58. not. 4. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. VIII. p. 280 fg.

[11] Vergl. unten §. 103 fg. und §. 108 fg.

[12] Erl. Pr.-O. V, 5. Berger Elect. Process. Prov. 48. Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 13. Wernher l. l. P. II. Obs. 487. P. X. Obs. 315. Biener l. l. §. 300.

[13] Berger l. l. §. 49. Schweitzer l. l. §. 18. p. 92. Biener l. l. §. 300. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 257.

[14] Vergl. Schweitzer l. l. §. 14. p. 77. vergl. mit §. 18. p. 91 fg., wo er das Gegentheil behauptet.

* Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung von 1555. II, 25. Jgstr Rchs-Abschd. von 1654. §. 83. Concept der Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung von 1613. II, 27. Erl. Pr.-O. V, 5 fg. Claproth Summ. Proc. §. 273 fg. Danz Summ. Proc. §. 71 fg. Ausg. II. Toussaint Diss. Observ. quaedam de remedio provocationis vulgo ex lege diffamari desumto, Erlang. 1816. Weber Beiträge zur Lehre von Kl. u. Einr. I, 4. p. 28 fg. Martin Lehrbuch §. 256. v. Linde Lehrbuch §. 337 fg. v. Bayer Summ. Pr. §. 52 fg. Chop im Archiv für die civil. Praxis XIII, 17. p. 317 fg. Muther Diss. de origine processus provocatorii ex lege „Diffamari" Erlang. 1853. Biener Syst. §. 301. Schweitzer Provocationsproceß §. 1. p. 17 fg. Kori Summ. Processe §. 138.

[1] Vergl. darüber vorzüglich Leyser Med. ad Pand. Sp. 81. med. 1.

daß jemand eines Anspruchs an des Anderen Person oder Vermögen sich rühmt[2]. Wesentlich wird hierbei erfordert, daß der gerühmte Anspruch zu Geltendmachung desselben im Civilwege berechtige[3]. Daher ist es gleichgültig, ob die Aeußerung des Provocaten für den Ruf des Provocanten nachtheilig, also ehrverletzend ist, oder nicht, indem die Eigenschaft der Diffamation als Injurie im Diffamationsprocesse als einer bürgerlichen Proceßart nicht zur Erörterung kommt[4]. Demnach sind injuriöse Aeußerungen, in denen die Behauptung eines dem Diffamirenden zustehenden Privatrechts nicht enthalten ist, zur Anstellung des Provocationsprocesses nicht geeignet. Dasselbe gilt von Aeußerungen, in denen der Diffamirende den Diffamirten eines Verbrechens beschuldigt hat, es müßte denn aus dem Verbrechen zugleich eine Privatverbindlichkeit für den Diffamirten dem Diffamirenden gegenüber entstanden sein[5]. Auch ist die Cumulation

---

Glück Comm. VI. §. 533a. pag. 486. Francke im Archiv für die civil. Praxis XVIII, 9. p. 225 fg. Von der ursprünglichen Bedeutung des Wortes „diffamari" ist der Gerichtsbrauch längst abgegangen. v. Gönner Handbuch IV, 73. §. 9. sub III.

[2] Claproth Summ. Pr. §. 274. Glück l. l. p. 485. v. Linde Lehrbuch §. 337. v. Bayer Summ. Proc. §. 53. p. 125. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 177. Leyser l. l. Sp. 81. med. 6. Schweitzer Provocationsproceß §. 1. p. 18. Biener Syst. §. 301. Kori Summ. Proc. §. 138. p. 259. In der Regel wird zu Anstellung einer Klage wirkliche Störung des Rechts erfordert. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 1 u. 211. Bloße Diffamation berechtigt nur zur Provocation. v. Linde l. l. Biener l. l. not. 5.

[3] Vergl. hierzu den Rchs=Abschd. v. 1532. III, 2. die Rchs=Camm.=Ger.=Ordnung v. 1555. II, 25, wo es heißt: „in friedbrüchigen, Schmach und anderen dergleichen Sachen."

[4] Claproth l. l. §. 274. Danz l. l. §. 72. Koch Diss. laud. §. 3. v. Gönner Handbuch IV, 73. §. 9. sub III. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 3 u. 4. Ejusdem Elect. Proc. Prov. §. 12. Hommel l. l. Obs. 635. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 20. p. 195. A. M. sind Mehlen Summ. Pr. §. 82. Weber l. l. I, 4. p. 28 fg. Wernher l. l. P. V. Obs. 12. Schweitzer l. l. §. 3. p. 26. Vergl. auch Biener l. l. §. 301. Die Provocationsklage ist keine actio famosa und kann also auch gegen den Lehnsherrn erhoben werden. Hommel l. l. Obs. 833.

[5] Dieß erhellt für Sachsen namentlich aus dem Mandat v. 2. Juli 1712. §. 22. C. A. I. p. 1785 fg. Ober=Amts=Patent v. 16. Septbr. 1712. C. A. III. p. 341 fg. Berger El. Proc. Prov. §. 12. Leyser l. l. Sp. 81. med. 1. Sp. 625. med. 11. Hommel l. l. Obs. 635. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 260. Biener l. l. §. 301. not. 1 u. 2. A. M. ist Schweitzer l. l. p. 24 fg. Für das gemeine Recht erhellt dieß aus Rchs=Camm.=Ger.=Ordnung v. 1555. II, 25. Claproth l. l. §. 270. Danz l. l. §. 72. Koch Diss. laud. §. 3. v. Gönner l. l. IV, 73. §. 9. sub III. Glück l. l. VI. §. 533a. p. 486. Toussaint Diss. laud. §. 6. Thibaut Pandectenrecht §. 1215. v. Linde l. l. §. 337. v. Bayer l. l. §. 54. not. 7. Mittermaier l. l. p. 257 fg. A. M. sind mit Unrecht Weber l. l. p. 28. Süptitz Summ. Pr. §. 11. p. 19.

der Provocation ex lege „Diffamari" mit der Injurienklage oder der Criminaldenunciation unstatthaft[6]. Darauf, ob die Diffamation eine bedingte war, ob also die Geltendmachung des Civilanspruchs nur als unter gewissen Voraussetzungen möglich dargestellt wurde, oder nicht, kommt nichts an[7]. Auch ist es gleichgültig, ob die nachtheilige Aeußerung vor Gericht oder außergerichtlich[8], gegen den Diffamaten selbst, oder gegen dritte Personen, schriftlich oder mündlich[9], in der Absicht zu diffamiren, oder ohne diese aus Irrthum gethan wurde[10]. Ebensowenig macht es einen Unterschied, ob die Diffamation öffentlich erfolgt, oder weiter verbreitet worden ist, oder nicht. Vielmehr genügt es zu Anstellung der Diffamationsklage, wenn jemand unter vier Augen oder in einem Privatbriefe einen Civilanspruch zu haben behauptet[11]. Auch ist die Provocation in dem Falle zuläßig, wenn das gerühmte Recht zwar zum Theil, aber nicht in dem Umfange besteht, in welchem es der Diffamation zu Folge bestehen soll[12]. Ob dieser Civilanspruch ein dinglicher oder ein persönlicher ist[13], ob der Diffamant auf einen speciellen Klag-

---

Martin l. l. §. 256. not. a. Schop im Archiv f. d. civil. Praxis XIII, 17. p. 320 fg. Der Provocat kann sich übrigens durch Einleitung der Untersuchung der Verbindlichkeit zur Einlassung auf die Provocation nicht entziehen, wenn auch die Criminaluntersuchung die Grundlage zur Geltendmachung der Civilansprüche enthalten sollte, denn eine solche gewährt niemals dem Provocanten die erforderliche Sicherheit gegen die fraglichen Civilansprüche. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 20. p. 195. v. Hartitzsch l. l. No. 329. Vergl. auch Kind Sammlung auserlesener Rechtssprüche I, 26. p. 143 fg.

[6] Danz l. l. §. 72. not. a. v. Linde l. l. §. 337. Berger El. Pr. Prov. §. 13 u. 14. Schweitzer l. l. §. 3. p. 33 fg.

[7] Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 126. p. 365 fg. und unten bei not. 30.

[8] A. M. scheint Glück l. l. VI. §. 533a. pag. 485, indem er den Begriff der Diffamation auf die außergerichtliche beschränkt.

[9] v. Linde l. l. §. 337. Leyser l. l. Sp. 81. med. 2. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 259.

[10] Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555. II, 25. Mevius Decis. VIII, 54. Danz l. l. §. 71. Martin l. l. §. 256. v. Linde l. l. §. 337. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 259.

[11] Koch Diss. laud. §. 1. p. 7. Danz l. l. §. 71. Weber l. l. p. 29. Glück l. l. §. 533a. pag. 486. Martin l. l. §. 256. v. Linde l. l. §. 337. v. Bayer l. l. §. 53. Mittermaier l. l. p. 272. Berger El. Pr. Prov. §. 9. Leyser l. l. Sp. 81. med. 1 u. 2. Schweitzer l. l. §. 4. p. 37 fg. Biener l. l. §. 301. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 259. Ja es genügt sogar, wenn der Provocant anführt und bescheinigt, daß er in den Rechnungsbüchern des Provocaten als Schuldner aufgeführt sei. Schweitzer l. l. p. 38. Biener l. l. §. 301.

[12] Kori Summ. Pr. §. 138. p. 259.

[13] Francke im Archiv f. d. civ. Prax. XVIII, 9. p. 225 fg. Schweitzer l. l. §. 2. p. 19.

grund Bezug genommen hat, oder nicht[14], ist gleichgültig. Nur muß die Diffamation auf ein bestimmtes Individuum oder auf eine bestimmte Sache sich beziehen und darf also die Diffamation nicht in der allgemeinen Behauptung einer dem Diffamirenden zustehenden Berechtigung, sondern dieselbe muß nothwendig in der Behauptung bestehen, daß ein Recht gegen eine bestimmte Person oder an einer bestimmten Sache zustehe[15]. Im ersteren Falle wird zur Provocation derjenige berechtigt, welchem nach der Berühmung die persönliche Leistung obliegt, im letzteren derjenige, welchem an der betreffenden Sache ein dingliches Recht zusteht, sobald das dem Diffamirten selbst zustehende Recht durch das gerühmte Recht des Diffamirenden beschränkt oder ausgeschlossen wird[16]. Ist dann das gerühmte Realrecht eine Dienstbarkeit oder ein anderes dieser ähnliches Recht an einer fremden Sache, so ist es gleichgültig, ob der Provocant im Besitze der Sache sich befindet oder nicht[17]. Zur Anstellung anderer dinglicher Klagen, namentlich der Eigenthumsklage kann nur der Besitzer auffordern[18]. Ueberhaupt ist zur Provocation nur derjenige berechtigt, welchem eine dem gerühmten Anspruche des Diffamanten entsprechende Verbindlichkeit obliegen soll[19], welcher also in Bezug auf die zukünftige Hauptklage als der rechte Beklagte erscheint und den Beweis in der Hauptsache nicht zu übernehmen hat[20]. Auch ist dieselbe nur gegen den künftigen Kläger zulässig,

---

[14] S. darüber unten §. 107.

[15] Jgstr Rchs-Abschd. v. 1654. §. 83. Breidenbach im Archiv f. d. civ. Prax. III, 21. p. 344 bei not. 24. v. Bayer l. l. §. 53. p. 125 u. §. 56. Vergl. hierzu die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1847. VII, 28. p. 85 fg. mitgetheilten Entscheidungen.

[16] S. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 42. p. 105 fg. mitgetheilten Entscheidungen.

[17] Francke l. l. p. 233. v. Bayer l. l. §. 53. p. 125. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 256. Höpfner Beiträge zur civilg. Prax. I, 8. p. 47. u. Wochenblatt l. l. p. 105 fg. Dieß übersieht Glück l. l. §. 533a. pag. 490. Auch statt der Negatorienklage kann man sich der Diffamationsklage bedienen. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 328. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 517. p. 33 fg.

[18] Mittermaier l. l. p. 272. Berger El. Proc. Prov. §. 11. Wernher l. l. P. III. Obs. 249. Kind Quaest. For. III, 19. Francke l. l. p. 229 u. das in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. III. p. 389 mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1845. V, 126. p. 325 fg.

[19] Schweitzer l. l. §. 5. p. 39 fg.

[20] Francke l. l. p. 227 fg. Martin l. l. §. 255. v. Bayer l. l. §. 53. p. 125. Mittermaier l. l. p. 272. Daher ist in der Provocation zur Eigen-

welcher den Beweis des gerühmten Anspruchs zu übernehmen hat[21]. Befindet sich daher der Diffamirende selbst im Besitze der Sache, deren Eigenthümer zu sein er sich rühmte, so kann er zu Anstellung der Eigenthumsklage deßhalb nicht provocirt werden, weil der Besitz vom Beweise des Rechtstitels befreit[22]. Aus dem nämlichen Grunde kann der Eigenthümer zu Anstellung der Negatorienklage nicht provocirt werden[23]. Ebensowenig findet die Provocation dann Statt, wenn der Provocat dem Provocanten blos ein von dem Letzteren behauptetes Recht abgeläugnet hat, es müßte denn für das behauptete Recht eine gesetzliche Vermuthung streiten[24]. Auch kann die Diffamation in dem Berühmen des

---

thumsklage das Anführen wesentlich, daß der Provocant die Sache, um deren Eigenthum es sich handelt, besitze. S. oben bei not. 18. Ueber die Frage, welcher Art das Interesse sein müsse, welches zu Anstellung der Diffamation berechtige, vergl. Weber Beiträge z. Lehre v. Kl. u. Einr. I, 4. p. 28 fg. Glück l. l. VI. §. 533a. p. 490. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 2. Kind Quaest. For. III, 19. p. 87. Biener l. l. §. 301. not. 4 u. die von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 327, in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. III. p. 389 fg. XII. p. 382 fg. sub a u. c. und im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 141. p. 408. III, 42. p. 108 u. 1847. VII, 28. pag. 85 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Ueber die Frage, ob derjenige provociren könne, welcher den Armeneid geleistet hat, s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 141. p. 407 fg.

[21] Glück l. l. §. 533 a. §. 490. Zachariae Quaest. 30. p. 178. Schweitzer l. l. §. 8. p. 48 fg. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 261. Räumt also der Provocant das Bestehen des Rechts unter Beziehung auf eine erfolgte Wiederaufhebung ein, oder ist das Recht des Provocaten bewiesen, oder bedarf es sonst keines Beweises, so muß der Provocant abgewiesen werden. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 42. p. 108. Volkmann l. l. §. 279. p. 340.

[22] §. 4. J. de interd. IV, 15. Fr. 5. pr. Dig. Si ususfruct. pet. VII. 6. Const. 4. Cod. de edendo II, 1. Const. 28. Cod. de rei vind. III, 32. Const. 2. Cod. de probat. IV, 19. Const. 7. Cod. de test. IV, 20. Rivinus Enunc. I, 24. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 227. Berger El. Pr. Prov. §. 15. vergl. mit Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 4. Leyser l. l. Sp. 81. med. 7. Schweitzer l. l. §. 8. p. 49 fg. Kind l. l. III, 19. Biener l. l. §. 301. not. 4. Kori l. l. §. 137. p. 256. Volkmann l. l. §. 279. p. 340. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 330 und das im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1843. III, 42. p. 107 mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Appell.-Gerichts. Koch Diss. laud. §. 3. Glück l. l. §. 533a. pag. 490. Martin l. l. §. 255. v. Linde l. l. §. 336. v. Savigny Besitz §. 3. Francke l. l. p. 227.

[23] Glück l. l. p. 490. Francke l. l. p. 236. v. Bayer l. l. §. 53. not. 17. p. 125. Schweitzer l. l. p. 59 fg. Gottschalk Disc. For. II, 7. p. 79 fg. Kind l. l. III, 19. p. 87. Biener l. l. §. 301. not. 4. Höpfner l. l. I, 8. p. 48. v. Hartitzsch l. l. No. 330. So hat auch das Ober-Appell.-Gericht 1846 erkannt und dabei ausgesprochen, daß dieß sogar von dem Falle gelten müsse, wenn der Beklagte in Folge eines Besitzprocesses als Besitzer anerkannt sei.

[24] Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 2. Ejusdem El. Proc. Prov. §. 11. Schweitzer l. l. §. 8. p. 52. Kori Summ. Proc. §. 138. p. 261.

Fortbestehens eines untergegangenen Rechts nicht bestehen, sobald die frühere Existenz dieses Rechts bewiesen ist, oder keines Beweises bedarf. Denn für das Fortbestehen des Rechts streitet in solchem Falle die Vermuthung[25]. Ebensowenig eignet sich zur Anstellung des Provocationsprocesses eine Aeußerung, in welcher der Diffamirende behauptet, es habe ihm früher ein Recht gegen den Diffamirten zugestanden, sobald er selbst zugegeben hat, daß ihm dieses Recht nicht mehr zustehe[26]. Ist der Besitz einer Sache streitig, so kann der jüngste Besitzer den Gegner, welcher den älteren und beziehendlich besseren Besitz behauptet, zur Anstellung der ordentlichen Besitzklage oder petitorischen Klage[27] nur dann provociren, wenn er seinen jüngsten Besitz sofort beibringt[28]. Darauf, ob der Anspruch, dessen sich der Diffamant gerühmt hat, von dem Eintritte einer Bedingung oder eines Zeitpunkts abhängig, ob also actio nata vorhanden ist, oder nicht, kommt nichts an[29]. Die vom Provocaten in Folge einer solchen Pro-

---

und das in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. III. p. 389 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 557. p. 117 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[25] Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 42. p. 105 fg. p. 107 und 108.

[26] Glück l. l. §. 533a. pag. 490. Biener l. l. §. 301. v. Hartitzsch l. l. No. 327.

[27] Zu Anstellung der ordentlichen Besitzklage kann Niemand gezwungen werden. Vielmehr ist es in allen Fällen gestattet, statt derselben sofort petitorisch zu klagen. Vergl. oben §. 59 nach not. 5. Das verurtheilende Erkenntniß in der Provocationssache ist also alternativ zu fassen.

[28] A. M. sind Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 4. Volkmann l. l. §. 279. not. u. pag. 341, indem sie die Provocation in allen Besitzstreitigkeiten ausschließen. Vergl. auch das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 126. p. 326 mitgetheilte Erkenntniß des Dresdner Appell.-Gerichts. Siehe aber Schweitzer l. l. §. 8. p. 51.

[29] Claproth l. l. §. 274. Danz l. l. §. 72. Mehlen l. l. §. 85. Schaumburg Princ. Prax. Jur. Jud. II, 6. §. 4. not. ** Gmelin und Elsässer gemeinnütz. jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle IV, 17. p. 242. Süptitz Summ. Proc. §. 13. Glück Comm. VI. §. 533a. p. 490. Toussaint Diss. laud. §. 8. v. Bayer l. l. §. 53. p. 125. u. not. 18 daselbst. Martin l. l. §. 255. not. k. v. Linde l. l. §. 336. not. 15. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 4. Ejusdem Elect. Proc. Prov. §. 15 u. 16. Zachariae Liber Quaestionum, Viteb. 1805. 30. §. 4. p. 178 fg. Schweitzer l. l. §. 9. p. 55 fg. Gottschalk Disc. For. III. 12. Biener l. l. §. 301. und die im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 42. p. 107 u. 109. und in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge III. p. 389. u. IV. p. 188 fg. mitgetheilten Entscheidungen des Ober-Appell.-Gerichts. A. M. sind Boehmer Diss. de jure futuro, Halae 1741. Cap. I. §. 16. v. Gönner Handbuch IV, 73. §. 14. p. 81. Carpzov Proc. Jur. XX, 4. n. 9 fg. Ejusdem Jur. For. I, 7. def. 30. Kori Summ. Proc. §. 137. p. 256. Vergl. auch Mittermaier l. l. p. 264. und die im

vocation angestellte Hauptklage geht natürlich nicht auf sofortige Leistung, sondern nur auf Anerkennung des dem Provocaten zustehenden bedingten oder noch nicht fälligen Anspruchs und muß daher im Falle der erfolgten Verurtheilung des Provocanten mit Vollstreckung der Hülfe bis zum Eintritte der Bedingung oder Zeitbestimmung angestanden werden[30]. Es wird demnach der Provocant in Folge der erhobenen Provocation der exceptio plurispetitionis tempore zwar für die rechtliche Erörterung im Hauptprocesse, nicht aber für die Vollstreckung des verurtheilenden Erkenntnisses verlustig[31]. Derjenige, welcher behauptet hat, daß nicht ihm selbst, sondern einem Dritten ein Recht gegen den Diffamaten zustehe, kann gar nicht provocirt werden[32]. Ebensowenig derjenige, welcher eine stattgefundene Diffamation nur weiter verbreitet hat[33]. Dagegen ist es gleichgültig, ob der Dif-

---

Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1843. III, 42. p. 108 mitgetheilte Entscheidung des Dresdner Bezirks-Appell.-Gerichts. Ueber die Frage, ob auf Anerkennung persönlicher Verpflichtungen vor der Verfallzeit geklagt werden könne, s. besonders v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. III, 3. p. 52, wo dieß verneint wird. Vergl. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 204. not. 4. §. 205 bei not. 8. u. §. 209. not. 11. Allein die verneinende Entscheidung dieser Frage steht der im Texte aufgestellten Ansicht nicht im Wege. Denn die dem Beklagten gegen die vor der Verfallzeit angestellte Klage zur Seite stehende Einrede der pluspetitio tempore geht demselben in Folge der von ihm selbst erhobenen Provocation verloren. Die Vollstreckung des verurtheilenden Erkenntnisses über die Hauptklage kann natürlich in dem Falle, wenn dasselbe vor dem Eintritte der Verfallzeit oder Bedingung rechtskräftig geworden ist, erst mit diesem Zeitpunkte erfolgen, da der Provocant durch Erhebung der Provocationsklage zwar in Betreff der Klaganstellung, nicht aber in Betreff der Fälligkeit und Vollstreckbarkeit des Hauptanspruchs auf die Einrede der pluspetitio tempore verzichtet hat. Daher versteht es sich von selbst, daß der Richter in dem Erkenntnisse über die Hauptklage die nach den Unterlagen dieser Hauptklage noch nicht fällige Forderung blos deßhalb, weil der Beklagte provocirt hat, nicht für fällig erklären darf. S. unten bei not. 30. Dadurch erledigt sich dasjenige, was Volkmann l. l. §. 279. not. n. pag. 339. einwendet.

30 v. Bayer l. l. §. 53. not. 18. p. 126. Mittermaier l. l. p. 266. vergl. mit p. 264. Schweitzer l. l. §. 9. p. 59. A. M. sind Martin l. l. §. 255. not. k. Kori l. l. §. 137. Noch weiter geht Zachariae l. l. Quaest. 30. p. 179, indem er annimmt, daß der Provocant durch die Provocation sogar zur sofortigen Leistung verpflichtet werde.

31 S. oben not. 29 am Ende.

32 Koch Diss. laud. §. 3. p. 15. Glück l. l. §. 533a. pag. 490. v. Bayer l. l. §. 56. n. 3. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 4. Elect. Proc. Prov. §. 17. Schweitzer l. l. §. 5. p. 40.

33 v. Bayer l. l. §. 56. p. 133. Schweitzer l. l. §. 5. p. 40. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 259. Ueberhaupt kann also nur derjenige provocirt werden, welcher klagbar werden und den Provocanten zwingen könnte, die demselben angeblich obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen. Schweitzer l. l. und oben bei not. 20.

famant behauptet hat, daß er eine Unterlassung oder eine Leistung fordern könne, falls nur die Unterlassung sich auf eine Handlung bezieht, welche in der Regel jedem gestattet ist[34]. Die Erben des Diffamaten können provociren, sobald der Anspruch, dessen sich der Diffamant gegen ihren Erblasser rühmte, auch gegen sie als Successoren gerichtlich verfolgt werden könnte, also kein rein persönlicher war[35]. Die Erben des Diffamanten können nach der richtigeren Ansicht zur Klaganstellung nicht provocirt werden. Haben sie die Diffamation fortgesetzt, so werden sie nicht als Erben, sondern in Folge der von ihnen selbst verübten Diffamation provocirt[36]. Nur wenn der Diffamationsproceß gegen den Erblasser bereits rechtshängig geworden war, müssen sich seine Erben die Fortsetzung desselben gefallen lassen[37]. Ist vom Diffamanten die Hauptklage bereits erhoben, so darf der Diffamat zu Anstellung derselben nicht mehr provociren, es müßte denn der Diffamant den Proceß über die Hauptklage liegen gelassen oder auf denselben verzichtet haben[38]. Deßhalb kann auch während des Processes der Beklagte vom Kläger nicht zur Ausführung eines Gegenanspruchs provocirt werden, welchen der Beklagte zum

---

34 Biener l. l. §. 301.

35 Claproth l. l. §. 272. Danz l. l. §. 72. Weber Lehre von Kl. u. Einred. I, 4. p. 30 fg. Glück l. l. §. 533a. p. 498. Toussaint Diss. laud. §. 9. v. Linde l. l. §. 336 am Ende. v. Bayer l. l. §. 56. Schweitzer l. l. §. 6. p. 42 fg. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 259. A. M. ist ohne Grund Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 12. und Elect. Process. Provocat. §. 44, indem er behauptet, daß die Provocatio ex lege „Diffamari" auf einem Quasicontract beruhe und daher in allen Fällen auf die Erben übergehe.

36 Claproth l. l. §. 272. Danz l. l. §. 73. Weber l. l. §. 34. Glück l. l. §. 533a. pag. 498 fg. v. Bayer l. l. §. 56. not. 2. Schweitzer l. l. §. 6. p. 45 fg. Kori Summ. Proc. §. 138. p. 259. Dasselbe gilt von Singularsuccessoren. Schweitzer l. l. §. 6. p. 45 fg., ingleichen vom Concursvertreter. Siehe Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 21. p. 72. und das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge VII. p. 434 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts.

37 Danz l. l. §. 73. Schweitzer l. l. p. 47. Kori l. l. Dagegen hat das Ober-App.-Gericht nach der Mittheilung von Du Chesne in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. X, 16. p. 394 fg. neuerdings die entgegengesetzte Meinung angenommen und sich zu dem Rechtssatze vereinigt, daß die provocatio ex lege „Diffamari" auch gegen die Erben des Diffamanten statthaft sei, ohne daß darauf etwas ankomme, ob die Klage bereits bei Lebzeiten des Diffamanten erhoben gewesen oder den Erben eine Fortsetzung der Diffamation beigemessen werde. Siehe auch Berger Oec. Juris IV, 32. Th. 1. not. 12. Ejusdem Electa Proc. Provoc. §. 9 et 44. C. G. Schmidt Commentar p. 34. not. y. Ackermann Rechtssätze Neue Folge II, 316. p. 226.

38 Schweitzer l. l. §. 8. p. 53 fg.

Zwecke der Compensation geltend gemacht hat[39]. Die Frage, wenn die Diffamationsklage verjähre, ist nach den Grundsätzen von der Klagenverjährung zu beurtheilen[40].

§. 101.

Nähere Charakterisirung der Provocation ex lege „Si contendat"*.

Die peremtorischen Ausflüchte, welche einem Verpflichteten zu Gebote stehen, gehen demselben in der Regel auch dann nicht verloren, wenn der Berechtigte die Klage anzustellen unterläßt, da alle Ausflüchte in der Regel unverjährbar sind[1]. Indeß giebt es hiervon Ausnahmen, indem die Gesetze die Geltendmachung einiger Ausflüchte ausnahmsweise von der Einhaltung bestimmter Fristen abhängig machen[2]. In diesen Fällen ist es nach gemeinem und Sächsischem Rechte[3] dem künftigen Beklagten gestattet, den zukünftigen Kläger, welcher die Anstellung der dinglichen oder persönlichen[4] Klage verzögert[5], zur Erklärung[6] auf die dem Be-

---

[39] Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1852. XII, 17. p. 70 fg.

[40] Schweitzer l. l. §. 20. p. 110 fg.

* Berger Elect. Proc. Prov. §. 47 fg. Lauhn nutzbarer Gebrauch der Vorklage wider klare Brief und Siegel in den Landen des Sächsischen Rechts nach der lex 28. D. de fidejussoribus, Leipzig 1786. A. S. Kori Diss. de provocatione, quae ex lege „Si contendat" derivatur, damnanda, Jenae 1823. Ad. Martin in Martin und Walchs Magazin I, 7. p. 257 fg. Claproth Summ. Proc. §. 282 fg. Glück Comm. VI. §. 533 b. pag. 500 fg. Martin Lehrbuch §. 257. v. Linde Lehrbuch §. 338. v. Bayer Summ. Proc. §. 58 fg. Schweitzer Provocationsproceß §. 11. p. 151 fg. Biener Syst. §. 304 fg. Kori Summ. Pr. §. 142 fg.

[1] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 231. Ueber das gemeine Recht siehe mein Lehrbuch §. 195 bei not. 9.

[2] Daher die Eintheilung der Exceptionen in verjährbare und unverjährbare. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 231.

[3] Das römische Recht weiß von dieser Provocation eben so wenig, als das canonische, obwohl die Glossatoren dieselbe auf das fr. 28. Dig. de fidejuss. et mandator. XLVI, 1. haben zurückführen wollen. Vergl. oben §. 98. not. 18. Die deutschen Reichsgesetze enthalten darüber ebenfalls keine Bestimmung. Daher beruht diese Proceßart lediglich auf einem alten gemeinrechtlichen Gerichtsbrauche. v. Bayer Summ. Pr. §. 59. Ad. Martin in Martin und Walchs Magazin I, 7. p. 301. Die sächsische Gesetzgebung hat dieselbe ausdrücklich anerkannt. Erl. Pr.-O. V, 7.

[4] Schweitzer l. l. §. 12. p. 67.

[5] Widerrechtlich braucht der Verzug des Provocaten nicht zu sein, wie Schweitzer l. l. behauptet, aber nachtheilig muß er für den Provocanten sein, auch dieser Nachtheil in Gefahr des Verlusts der Ausflüchte bestehen.

[6] Sehr bestritten ist, ob diese Provocation als eine Aufforderung zur Klaganstellung oder zur Erklärung auf die geltend gemachte Ausflucht, also zum Repliciren zu betrachten sei. Nach Ansicht der meisten Lehrer des gemeinen Pro-

klagten zu Gebot stehenden und von demselben geltend gemachten

---

ceßrechts soll die Provocation ex lege „Si contendat“ als Aufforderung zur Klaganstellung und nicht zum Repliciren anzusehen sein, weil der Provocat nicht verpflichtet sein könne, die vom Provocanten in der Provocationsklage suppeditirte Hauptklage als die seinige anzuerkennen und weil es daher dem Provocaten freistehen müsse, statt der ihm suppeditirten Hauptklage eine neue zu erheben, sobald nur diese neue Klage mit derjenigen, welche der Provocant suppeditirte, ihren factischen Unterlagen nach als identisch erscheine und also als Erledigung der Provocationsklage angesehen werden könne. Dabei wird von den Lehrern des gemeinen Rechts ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß die provocatio ex lege „Si contendat“ als Beginn des Hauptprocesses selbst und als die zum Hauptproceß selbst gehörige Aufforderung zum Repliciren deßhalb nicht angesehen werden dürfe, weil der Proceß nicht mit der Vorschützung der Ausflüchte, also mit der Aufforderung zum Repliciren beginnen dürfe, weil vielmehr jeder Proceß mit der Klaganstellung beginnen müsse. Vergl. Claproth l. l. §. 286. Süptitz l. l. §. 16. Glück l. l. VI. §. 533b. p. 502 fg. Ad. Martin l. l. I, 7. p. 4 u. 13. v. Linde Lehrbuch §. 338. not. 5. v. Bayer l. l. §. 58. p. 138. not. 3. Mittermaier d. gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. VIII. pag. 276. Derselben Ansicht folgt Schweitzer Provocationsproceß §. 11. p. 65 fg., indem er den Einwand, daß die Erl. Pr.-O. V, 5. die provocatio ex lege „Si contendat“ ausdrücklich als provocatio ad replicandum bezeichne, kurz damit zurückweist, daß hinsichtlich der Lehrsätze und Begriffe von juristischen Geschäften die Gesetze nicht verbindend seien. Nach Ansicht der meisten Sächsischen Processualisten — s. Wernher Obs. For. P. X. Obs. 315. P. II. Obs. 487. Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. V, 7. p. 100. u. V, 5. s. v. „ex lege si contendat.“ Biener Syst. §. 300. vergl. mit Kori Summ. Pr. §. 137. p. 255. u. §. 143. p. 269 fg. u. not. 2. daselbst, ist dagegen die provocatio ex lege „Si contendat“ allerdings als Aufforderung zur Replik zu betrachten, weil dieß die Erl. Pr.-O. V, 7. u. V, 5. ausdrücklich besage, und ziehen diese Rechtslehrer daraus den Schluß, der Provocationsproceß ex lege „Si contendat“ gehe deshalb in allen Fällen in den Hauptproceß über. Bei Beurtheilung dieser Frage muß nun zuvörderst darauf aufmerksam gemacht werden, daß sich die Meinung Schweitzers l. l. p. 66, es handle sich hier nur um Lehrsätze und Begriffe, keineswegs rechtfertigen läßt, da die Erl. Pr.-O. V, 7. ausdrücklich vorschreibt, es solle der im ersten Verhörstermine ungehorsame Provocat in der zweiten Ladung bei Verlust der habenden Replik vorgeladen und bei abermaligem Ungehorsame auf die wirkliche Strafe des Verlusts erkannt werden. Nichtsdestoweniger weicht das Sächsische Particularrecht hierin vom gemeinen Recht nicht ab. Es ist nämlich den Lehrern des gemeinen Rechts allerdings zuzugeben, daß die Provocationsklage ex lege „Si contendat“ eine Aufforderung zur Vorschützung wirklicher Repliken ebensowenig enthält, als die Anstellung einer anderen Klage die Aufforderung zur Vorschützung wirklicher Exceptionen. Vielmehr kann sich die Aufforderung in dieser Klage jedenfalls lediglich auf die Aufforderung zur Erklärung auf den Grund der in der Provocationsklage geltend gemachten Ausflucht beschränken, wobei es aber natürlich dem Provocaten freistehen muß, neben der verneinenden oder bejahenden Erklärung auf die Ausflucht, wirkliche Repliken vorzuschützen. Es ist ferner über jeden Zweifel erhaben, daß der Provocat nicht verpflichtet sein kann, die vom Provocanten in der Provocationsklage suppeditirte Hauptklage als die seinige anzuerkennen und daß es demselben daher freistehen müsse, statt der ihm suppeditirten Hauptklage eine neue zu erheben, und daß der Provocationsproceß erlischt, sobald die Hauptklage erhoben worden ist. S. oben §. 98 bei not. 14. Endlich ist es ganz richtig, wenn die Lehrer des gemeinen Rechts bemerken, daß die provocatio ex lege „Si contendat“ als Beginn des Hauptprocesses selbst und als Aufforderung zu Einreichung des Replikfatzes im Hauptprocesse nicht betrachtet werden kann. Allein daraus folgt keineswegs,

peremtorischen[7] Ausflüchte[8] in der Absicht aufzufordern, um diese

---

daß diese Provocationsklage als Aufforderung zu Anstellung der Hauptklage angesehen werden dürfe. Denn dazu kann der Provocat in diesem Provocationsprocesse nicht verurtheilt werden. Auch fehlt es dazu an einem geeigneten Präjudize, unter welchem der Provocat zu Anstellung der Hauptklage angehalten werden könnte. Der Zweck des Provocanten geht vielmehr lediglich dahin, daß die ihm gegen die künftige Hauptklage zu Gebot stehenden Ausflüchte für diesen künftigen Hauptproceß, falls es dem Provocaten belieben sollte, denselben einzuleiten, gesichert werden möchten, und auf Sicherstellung dieser Ausflüchte hat er in der Provocationsklage anzutragen. Darüber, ob die geltend gemachten Ausflüchte überhaupt Berücksichtigung verdienen, ob dieselben wahr sind, ob dem Provocaten dagegen Einwendungen zustehen, muß der Letztere gehört werden und in dem hierauf im Provocationsprocesse gefällten Erkenntniß wird nicht in der Hauptsache, sondern nur darüber erkannt, ob diese Sicherstellung der Ausflüchte gegen den drohenden Verlust sich rechtfertigen lasse. Demnach beginnt der Provocationsproceß ex lege „Si contendat" nicht mit einer Ausflucht, sondern mit der Klage auf Sicherstellung einer im künftigen Hauptprocesse vorzuschützenden Ausflucht, deren Verlust drohte. Zu Begründung dieser Provocationsklage genügt die bloße Erzählung der Ausflucht nicht, vielmehr bedarf es dazu außerdem noch der speciellen Ausführung des Anspruchs, welchem die Ausflucht entgegensteht, sowie des Anführens, daß der Verlust dieser Ausflucht drohe, — vergl. unten §. 108 — und muß also diese Provocationsklage als eine wirkliche völlig selbständige Klage, keineswegs als die Vorschützung einer Ausflucht angesehen werden, indem die Geltendmachung der gegen die künftige Hauptklage gerichteten Ausflucht nur neben anderen wesentlichen factischen Behauptungen zu Begründung der Provocationsklage erfordert wird. In der Provocationsklage fordert der Provocant Einlassung auf die gesammten factischen Unterlagen der Provocationsklage, also natürlich auch auf die in derselben geltend gemachte gegen die künftige Hauptklage gerichtete Ausflucht, auf deren Sicherstellung der Provocant angetragen hat. Diese Einlassung bewirkt der Provocat dadurch, daß er sich auf die factischen Unterlagen der Provocationsklage, also unter anderen auch auf die sicherzustellende Ausflucht verneinend oder bejahend erklärt und ist es ihm dabei unverwehrt, Exceptionen aller Art vorzuschützen. Werden diese Exceptionen zu dem Zwecke vorgeschützt, um das Recht, welches der Provocant aus der in der Provocationsklage aufgenommenen Ausflucht für sich herleitet, in der Wirkung zu entkräften, so enthalten dieselben dasjenige, was im Hauptprocesse den dort neben der Einlassung geltend gemachten Ausflüchten gegenüber als eigentliche Replik anzusehen sein würde. Nach abgesetztem Verfahren hat der Richter zu erkennen, ob die Provocation unter den gegebenen Verhältnissen überhaupt zuläßig war und ob die in der Provocationsklage geltend gemachte Ausflucht für den künftigen Hauptproceß durch Abschneidung aller dagegen zu erhebenden Einwendungen, namentlich auch der Repliken, als Ausflucht zu sichern sei oder nicht. Eine Verurtheilung des Provocanten oder Lossprechung desselben in der Hauptsache kann im Provocationsprocesse nicht eintreten. Vielmehr bleibt es dem Provocaten überlassen, ob er die Hauptklage erheben will, und der vorausgegangene rechtskräftig entschiedene Provocationsproceß äußert auf den Hauptproceß nur insofern einen Einfluß, als sich der Beklagte derjenigen Ausflüchte, welche im Provocationsprocesse sichergestellt worden sind, im Hauptprocesse mit Erfolg bedienen kann und Einwendungen dagegen vom Kläger, welcher als Provocat früher unterlag, nicht mehr erhoben werden können, mögen diese Einwendungen die Natur einer verneinenden Beantwortung oder wirklicher Repliken haben. Unterlag hingegen der Provocant im früheren Provocationsprocesse, so kann er sich nach angestellter Hauptklage der in diesem früheren Processe geltend gemachten und rechtskräftig aberkannten Ausflüchte nicht mehr bedienen, wohl aber andere Ausflüchte vorschützen, auf welche er in der Provocationsklage keinen

Ausflüchte zu retten. Die Besorgniß des künftigen Beklagten,

Bezug genommen hatte. Dem Gesagten zu Folge dürfen also die zwischen dem Provocationsprocesse ex lege „Si contendat" und dem vom Provocaten später erhobenen Hauptprocesse bestehenden von der Natur der Sache gezogenen Grenzen nicht übersehen werden, und findet zwischen diesen beiden Processen auf gleiche Weise eine völlige Trennung Statt, wie zwischen dem Diffamationsprocesse und dem in Folge desselben erhobenen Hauptprocesse. Nur wird im Diffamationsprocesse dem verurtheilten Provocaten die Anstellung der Hauptklage peremtorisch aufgegeben, während diese Klaganstellung im Provocationsprocesse ex lege „Si contendat" sogar im Falle der erfolgten Verurtheilung des Provocaten der Willkühr dieses Letzteren überlassen bleibt. Der Provocationsproceß ex lege „Si contendat" geht demnach in den Hauptproceß nicht über. Die entgegengesetzte Annahme würde zu der merkwürdigen Voraussetzung führen, der Provocat müsse die ihm vom Provocanten in der Provocationsklage suppeditirte Hauptklage als die seinige anerkennen und auf den Grund dieser Klage den Provocationsproceß als Hauptproceß fortsetzen. Dieß würde aber den höchsten Grundsätzen des Proceßrechts widersprechen und ließe sich dagegen keineswegs einhalten, daß es ja dem Provocaten freistehe, die ihm suppeditirte Klage in der Erklärung auf die Provocation und auf die vom Provocanten geltend gemachte Ausflucht abzuändern und zu berichtigen. Denn durch die Gestattung einer solchen Abänderung würde eine Verwirrung des Processes entstehen, welcher der gewandteste Urtheilsverfasser in den meisten Fällen nicht gewachsen sein möchte. Vergl. Mittermaier l. l. p. 277. Ebensowenig läßt sich die Behauptung, der provocatorische Proceß ex lege „Si contendat" müsse in den Hauptproceß übergehen, rechtfertigen, wenn man erwägt, daß dann der Provocant seiner übrigen Ausflüchte, welche er in der Provocationsklage unerwähnt lassen müßte, weil Gefahr des Verlusts derselben nicht vorlag, für den Hauptproceß verlustig gehen würde. Dabei versteht sich jedoch von selbst, daß der sofortige Uebergang des Provocationsprocesses in den Hauptproceß dann keinem Bedenken unterliegt, wenn beide Parteien ausdrücklich dahin einverstanden sich erklären. Dem Resultate nach wird aber eine Verurtheilung des Provocaten im Provocationsprocesse einer Lossprechung des Provocanten im Hauptprocesse nicht selten gleichstehen, da ein günstiger Erfolg des nichtsdestoweniger angestellten Hauptprocesses nur selten zu erwarten sein wird, es müßte denn die im Provocationsprocesse gesicherte Ausflucht den Gegenstand der Hauptklage nicht erschöpfen.

Sonach ist zwar die Diffamationsklage, keineswegs aber die Provocationsklage ex lege „Si contendat" als eine Aufforderung zur Klaganstellung anzusehen. Und wenn auch diese Letztere lediglich dahin geht, den Provocaten zur Erklärung auf die Provocationsklage, also zur Einlassung zu nöthigen, so müssen doch darin unter anderen nothwendig auch diejenigen Einwendungen des Provocaten gegen die in der Provocationsklage behauptete und zur Begründung derselben gehörige Ausflucht enthalten sein, welche im Hauptprocesse als Repliken oder replicatorische Beantwortungen zu betrachten sein würden. Es ist daher keineswegs zu tadeln, wenn in der Erl. Pr.-O. V, 5 bestimmt wird, der Unterschied zwischen den beiden Unterarten des Provocationsprocesses bestehe darin, daß der Provocat im Diffamationsprocesse ad agendum, im Provocationsprocesse ex lege „Si contendat' aber ad replicandum provocirt werde, und wenn dem Provocaten in Gemäßheit der Erl. Pr.-O. V, 7. das Erscheinen im anderweiten Verhörstermine „bei Verlust der habenden Replik" aufgegeben, auch bei fernerem Ausbleiben auf den Verlust der Replik erkannt werden soll. Nur nimmt diese Replik im Provocationsprocesse nicht die Stelle eines Replikfatzes, sondern einer Einlassung ein, während sie im Hauptprocesse, wenn die präparatorische Entscheidung im Provocationsprocesse durch Anstellung der Hauptklage vermieden worden wäre, allerdings in den Replikfatz gehört haben würde. Dabei ist ausdrücklich die Verbindlichkeit des Provocaten

daß aus der verzögerten Anstellung einer Klage von Seiten des Gegners andere Nachtheile entstehen möchten, als der des Verlusts der Ausflüchte, berechtigt zu Anstellung dieses Provocationsprocesses nach der richtigeren Ansicht nicht[9]. Daher darf der

---

ausgesprochen, seine Erklärung auf die in der Provocationsklage geltend gemachte Ausflucht sofort im Provocationsprocesse abzugeben und für den Fall der Nichtabgabe der Verlust dieser Erklärung, also die poena confessi et convicti und der Verlust der die Ausflucht in der Wirkung entkräftenden selbständigen Vorträge angedroht. Allein in den angezogenen sächsischen Gesetzstellen ist weder gesagt, daß dem Provocaten für den Fall seines Ausbleibens das Recht zu Anstellung der Hauptklage verloren gehe, noch daß der Provocationsproceß durch die Erklärung des Provocaten auf die Provocationsklage in den Hauptproceß übergehen müsse. Auch weist der Sächsische Gesetzgeber in der Erl. Pr.=O. V, 5 ausdrücklich darauf hin, daß die Unterschiede zwischen den beiden Provocationsarten zur Genüge bekannt seien und muß daher angenommen werden, daß derselbe den Charakter des Provocationsprocesses ex lege „Si contendat," wie solcher gemeinrechtlich durch den Gerichtsbrauch eingeführt war, nicht habe abändern wollen, was denn auch wirklich nicht geschehen ist. Vergl. noch Kori Summ. Pr. §. 143. p. 270, welcher die Behauptung aufstellt, man müsse die Sächsische Gesetzstelle bei ihrer Unausführbarkeit bei Seite setzen und den Streit über die Ausflüchte in den künftigen Hauptproceß verweisen.

[7] Dahin gehören auch die sogenannten gemischten oder auf die Hauptsache bezüglichen dilatorischen Exceptionen. Vergl. oben §. 99. not. 5. Wegen der Gefahr des Verlusts dilatorischer Einreden kann der Natur der Sache nach nicht provocirt werden. Schweitzer Provocationsproceß §. 13. p. 69. Die peremtorischen Ausflüchte müssen übrigens die merita causae betreffen. Martin Lehrbuch §. 257. v. Linde Lehrbuch §. 338. v. Bayer Summ. Pr. §. 60. Zum Schutz von Repliken kann diese Proceßart gar nicht gebraucht werden, da es nur vom Kläger selbst abhängt, ob er die Klage erheben und seine Replik bei dieser Gelegenheit geltend machen will. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 14. Schweitzer Provocationsproceß §. 10. p. 64. Daher kann ein Gläubiger, welcher über die Bezahlung der Schuld quittirt hat, ohne den Betrag erhalten zu haben, zum Schutz seiner replica non numeratae pecuniae nicht provociren. Schweitzer l. l. p. 64 fg. Hat der Provocat zum Beweis seines Anspruchs klare Brief und Siegel in den Händen, so muß die Ausflucht ebenfalls sofort liquid sein. Ist dieß nicht der Fall, so ist die Anstellung der Provocationsklage ex lege „Si contendat" unnütz. Vielmehr muß der Provocant in solchem Falle Widerklage erheben. Vergl. Schweitzer l. l. §. 13. p. 71 fg., welcher behauptet, die Provocation müsse dann als Widerklage angesehen werden. Allein die Begründung der Widerklage ist eine andere, als die der Provocationsklage. Beruht die Liquidität der künftigen Hauptklage nicht auf Urkunden, sondern lediglich auf dem in der Provocationsklage nach Befinden enthaltenen Zugeständnisse des Provocanten, so kommen die Regeln des Urkundenprocesses nicht zur Anwendung. Mithin wird der Provocant auch mit seinen illiquiden Ausflüchten gehört. Griebner Discurs zur Erl. Pr.=O. V, 7 s. v. „einzurichten."

[8] Dazu sind nur solche Ausflüchte geeignet, welche der künftigen Hauptklage entgegenstehen, also mit derselben connex sind. v. Linde l. l. §. 338. v. Bayer l. l. §. 60. u. oben not. 7.

[9] Dieß folgt aus dem allgemeinen Grundsatze, daß Ausnahmen von der Regel nicht ausgedehnt werden dürfen. In den Gesetzen findet sich darüber nichts, und ein feststehender Sächsischer Gerichtsbrauch, auf den sich eine solche Ausdehnung stützen ließe, existirt auch nicht, obwohl dieß Volkmann l. l.

künftige Beklagte in dem Falle nicht provociren, wenn die ihm zur Seite stehende peremtorische Ausflucht in Folge der verzögerten Klaganstellung zwar nicht rechtlich verloren geht, aber durch zu befürchtende Veränderung der factischen Umstände nutzlos zu werden droht[10]. Ebensowenig berechtigt die Gefahr des Verlusts der zum Beweise einer peremtorischen Ausflucht dienenden Beweismittel zu Anstellung der Provocationsklage ex lege „Si contendat“[11]. Zu Anstellung der Hauptklage gegen einen Dritten kann gar nicht provocirt werden, es müßte denn in dem Rechtsverhältnisse des Provocanten zu dem Provocaten für den Letzteren folgeweise auch eine Verbindlichkeit zur Anstellung der Klage gegen den Dritten enthalten sein[12]. Wesentlich wird erfordert, daß die Ausflucht, zu deren Schutz provocirt wird, einen Anspruch betreffe, welcher zur Zeit der Provocation bereits fällig und klagbar ist[13]. Auf die Erben des künftigen Beklagten geht

---

§. 284. not. 9. p. 363 behauptet. Auch stehen in denjenigen Fällen, in welchen manche Rechtslehrer derartige Ausdehnungen des Provocationsprocesses ex lege „Si contendat“ für zulässig halten, dem Betheiligten andere und in jedem Falle zweckmäßigere Mittel zu Gebote, sein Interesse zu wahren. A. M. sind Berger El. Proc. Prov. §. 48 fg. Wernher l. l. P. V. Obs. 72. Schweitzer l. l. §. 15. p. 79. vergl. mit §. 17. p. 83 fg. Biener l. l. §. 304. Claproth l. l. §. 285. v. Gönner l. l. IV, 73. Glück l. l. VI. §. 533b. p. 504 fg. Vergl. aber Martin Lehrbuch §. 257. not. b. u. c. v. Linde l. l. §. 338. v. Bayer l. l. §. 60. Kori Summ. Pr. §. 142. u. unten bei not. 10. 11 u. 12. u. diese Noten selbst.

[10] Gesterding im Archiv f. d. civ. Praxis VII, 8. p. 138 fg. v. Linde l. l. §. 338. v. Bayer l. l. §. 60. Mittermaier l. l. p. 268. Kori Summ. Pr. §. 142. A. M. sind Glück l. l. VI. §. 533b. p. 506. Biener l. l. §. 304.

[11] Ad. Martin l. l. p. 321. Martin l. l. §. 257. not. b. v. Linde l. l. §. 338. v. Bayer l. l. §. 60 am Ende. A. M. ist Glück l. l. p. 507 fg. Berger El. Proc. Prov. §. 48. Wernher l. l. P. V. Obs. 72. Schweitzer l. l. §. 15. p. 79. Biener l. l. §. 304. Jedenfalls wird der Betheiligte hier besser thun, den Beweis zum ewigen Gedächtniß zu unternehmen. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 251.

[12] Ad. Martin l. l. p. 327 fg. v. Bayer l. l. §. 60. Demnach ist der Bürge nicht berechtigt, den Gläubiger zu Anstellung der Klage gegen den Hauptschuldner zu provociren. Dieß erhellt deutlich aus fr. 62. Dig. de fidejuss. XLVI, 1. Gesterding im Archiv f. d. civ. Prax. VII, 8. p. 138 fg. Ad. Martin l. l. p. 343. Martin Lehrbuch §. 255. v. Bayer l. l. §. 60. Mittermaier l. l. p. 268. vergl. mit p. 284. Schweitzer l. l. §. 12. p. 68. A. M. ist Biener l. l. Will sich also der Bürge gegen die ihm aus der etwaigen Insolvenz des Hauptschuldners drohenden Nachtheile schützen, so muß er den Gläubiger befriedigen und die Klage gegen den Hauptschuldner selbst anstellen.

[13] Schweitzer l. l. §. 10. p. 64. §. 14. p. 75 fg. Biener l. l. §. 304, welcher jedoch eine Ausnahme zuläßt. Vergl. auch Glück l. l. p. 504. A. M. sind Berger El. Proc. Prov. §. 51. Volkmann l. l. §. 284. p. 362, welcher aber selbst zugiebt, daß zu Anstellung der Provocationsklage ex lege

dieses Recht zu provociren nur dann über, wenn die Hauptklage passiv auf dieselben übergegangen ist. Ebenso können die Erben des künftigen Klägers provocirt werden, wenn die Hauptklage ihres Erblassers auf sie übergegangen ist[14]. Die Frage, wenn die Provocationsklage ex lege „Si contendat" durch Extinctivverjährung erlösche, ist nach den Grundsätzen von der Verjährung der Ausflüchte zu beurtheilen[15]. Ist die Ausflucht bereits verloren gegangen, so kann dieselbe natürlich nicht mehr sicher gestellt werden und ist daher auch eine Provocationsklage zu diesem Zwecke nutzlos[16]. Von den Unterscheidungsmerkmalen zwischen dieser Provocation und der Provocation ex lege „Diffamari" ist bereits oben die Rede gewesen[17].

§. 102.

Von den Rechtsmitteln im Provocationsprocesse.

Nach gemeinem und älterem Sächsischen Rechte ist der Gebrauch der Rechtsmittel im Provocationsprocesse nicht beschränkt. Vielmehr stehen den Parteien, sobald nicht aus anderen Gründen nach allgemeinen Grundsätzen eine solche Beschränkung eintritt, auch im Provocationsprocesse gegen das Verfahren sowohl, als gegen die Entscheidung alle diejenigen Rechtsmittel zu Gebote, deren sie sich im ordentlichen Processe bedienen können[1]. Dagegen finden nach neuerem Königlich Sächsischem Rechte[2] im Provocationsprocesse[3] allerdings Beschränkungen der Rechtsmittel Statt. Es kann nämlich zwar gegen Entscheidungen der ersten In-

---

„Si contendat" eine dem künftigen Beklagten nachtheilige Verzögerung der Klaganstellung wesentlich erfordert werde. Ueberhaupt muß in dieser Proceßart im Zweifel immer derjenigen Meinung der Vorzug gegeben werden, wodurch die Zuläßigkeit der Klaganstellung beschränkt wird. Bei not. h. giebt Volkmann selbst zu, daß, wer gegen den Provocanten nicht klagen könne, auch nicht provocirt werden könne. Vom Diffamationsprocesse gilt das Gegentheil. Vergl. oben §. 100 bei not. 29.

[14] Schweitzer l. l. §. 16. p. 81 fg.

[15] Schweitzer l. l. §. 20. p. 110 fg. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 231.

[16] v. Bayer l. l. §. 61. not. 4.

[17] S. oben §. 99.

[1] Danz Summ. Pr. §. 82. not. ** Ausg. II. Schweitzer Provocationsproceß §. 13. p. 161 fg. Vergl. auch Claproth Summ. Pr. §. 281.

[2] B. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 18 u. 26.

[3] Dieß gilt von beiden Unterarten des Provocationsprocesses. Von der Einwendung der Rechtsmittel in dem in Folge des Provocationsprocesses angestellten Hauptprocesse gelten die allgemeinen Grundsätze.

stanz ein ordentliches Rechtsmittel eingewendet werden. Lautet aber die Entscheidung der zweiten Instanz in ihrem ganzen Umfange oder doch in Betreff einzelner Punkte confirmatorisch, so ist ein zweites Rechtsmittel dagegen wenigstens insoweit unzulässig, als das Erkenntniß der ersten Instanz dadurch bestätigt wird[4]. Ist hingegen das Erkenntniß der ersten Instanz ganz oder theilweise reformirt worden, so ist dem Gegner, zu dessen Nachtheil die Abänderung erfolgte, die Einwendung eines abermaligen ordentlichen Rechtsmittels gestattet[5]. Gegen die Entscheidung der dritten Instanz findet die Einwendung eines abermaligen Rechtsmittels nur dann Statt, wenn und soweit diese Entscheidung ganz neue Punkte enthält, über welche früher noch nicht entschieden worden war[6], oder wenn und soweit das dritte Erkenntniß Incidentpunkte enthält, welche erst in dritter Instanz entstanden sind[7]. Weicht das dritte Erkenntniß von den beiden ersten nur seinem Inhalte nach insofern ab, als es mit keinem derselben übereinstimmt[8], so ist hier kein Rechtsmittel mehr zulässig[9]. Ist der Provocationsproceß bei einem Untergerichte anhängig, so wird gegen das gravirliche Erkenntniß an das betreffende Bezirks-Appellationsgericht, und gegen die Entscheidung dieses Letzteren, falls eine zweite Appellation ausnahmsweise zulässig ist, an das Ober-Appellationsgericht appellirt[10]. Wurde dagegen die Provocationsklage bei einem Bezirks-Appellationsgerichte erhoben, so wird gegen die erste Entscheidung an ein anderes Bezirks-Appellationsgericht geleutert[11] und gegen das über die Leuterung gefällte Erkenntniß der zweiten Instanz, falls ein zweites Rechts-

---

[4] B. Gesetz §. 18. Von dem Falle, wenn der Provocat nach rechtskräftiger Verurtheilung zu Anstellung der Hauptklage dieser Hauptklage für verlustig erklärt wird, gilt dieß nicht. Roux in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 1. p. 9 fg.

[5] B. Gesetz §. 18. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 39 fg.

[6] B. Gesetz §. 13.

[7] B. Gesetz §. 14.

[8] Vergl. B. Gesetz §. 12.

[9] Dieß erhellt aus §. 18 des B. Gesetzes am Ende. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329. not. 43.

[10] B. Gesetz §. 11. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 24.

[11] Denn hier gilt die allgemeine Regel, da das B. Gesetz in Betreff des Provocationsprocesses keine Ausnahme macht. B. Gesetz §. 15. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 25 u. 35 fg.

mittel ausnahmsweise gestattet ist, an das Ober-Appellationsgericht appellirt[12]. Gegen das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts in dritter Instanz findet, je nachdem dasselbe nach vorgängigem Justificationsverfahren gefällt ist, oder nicht, insoweit dasselbe Incidentpunkte, welche erst in dritter Instanz entstanden sind oder sonst neue Punkte enthält, über welche das Ober-Appellationsgericht zuerst entscheidet[13], nach Verschiedenheit der Fälle Leuterung oder Appellation Statt[14]. Bei der Entscheidung darüber hat es in allen Fällen sein Verbleiben[15]. Auch kann im Provocationsprocesse gegen die Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts in dritter Instanz aus dem Grunde nicht mehr appellirt oder geleutert werden, weil diese Entscheidung von den früheren beiden Erkenntnissen ihrem Inhalte nach abweicht[16].

Gegen das Verfahren kann im Provocationsprocesse ebenfalls in der Regel nur einmal appellirt werden, es müßte denn das Verfahren in zweiter Instanz zu Gunsten des Appellanten abgeändert worden sein, in welchem Falle dem Gegner eine nochmalige Appellation gestattet ist[17]. War die Provocationsklage bei einem Untergerichte angebracht, so wird gegen das Verfahren des Untergerichts an das betreffende Bezirks-Appellationsgericht, und gegen die Verfügung dieses Letzteren, falls eine zweite Appellation ausnahmsweise zulässig ist, an das Ober-Appellationsgericht appellirt[18]. Ist dagegen ein Bezirks-Appellationsgericht die erste Instanz, so kann gegen das Verfahren desselben an das Ober-Appellationsgericht, und wenn ein zweites Rechtsmittel ausnahmsweise gestattet ist, gegen die Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts in zweiter Instanz an dieselbe Oberbehörde

---

[12] B. Gesetz §. 15. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 26.

[13] Vergl. oben bei not. 6 u. 7.

[14] Vergl. B. Gesetz §. 24. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 328 bei not. 4. und §. 329 bei not. 21.

[15] B. Gesetz §. 16. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 23.

[16] S. oben bei not. 8 u. 9.

[17] B. Gesetz §. 30. Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 10. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 337 bei not. 9.

[18] B. Gesetz §. 30. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 337 bei not. 2.

nochmals appellirt werden[19]. Eine dritte Appellation gegen das Verfahren ist schon nach allgemeinen Grundsätzen in keinem Falle zulässig[20].

In Betreff der außerordentlichen Rechtsmittel gelten im Provocationsprocesse die allgemeinen Grundsätze. Das Verfahren in Folge der Einwendung eines ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsmittels hat nichts Eigenthümliches.

Sechszehntes Capitel.

Vom Verfahren im Diffamationsprocesse.

§. 103.

Von der Diffamationsklage.

Der Provocant hat in der Diffamationsklage, welche beim Richter der künftigen Hauptklage erhoben wird[1], die erfolgte Diffamation speciell auszuführen und zugleich zu läugnen, daß dem Provocaten das behauptete Recht zustehe[2]. Nach Befinden kann auch die weitere Ausführung der Behauptung rathsam sein, daß die angegebene Aeußerung eine Diffamation sei und zu Anstellung der Diffamationsklage berechtige[3]. Gleichzeitig hat der Provocant die erfolgte Diffamation und nach Befinden sein Interesse an derselben[4] dem Richter, nicht dem Gegner gegenüber

---

[19] B. Gesetz §. 32. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 337 bei not. 3.

[20] B. Gesetz §. 30 am Ende u. §. 36. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 337 bei not. 4.

[1] S. oben §. 98 bei not. 2.

[2] Schweitzer Provocationsproceß §. 1. p. 113 fg. Biener Syst. §. 301. Hatte der Diffamant sich auf keinen bestimmten Klaggrund bezogen, so wird auch dieses Läugnen des Provocanten ganz allgemein lauten. Im entgegengesetzten Falle hat der Provocant dabei auf den vom Diffamanten behaupteten Klaggrund ausdrücklich Bezug zu nehmen. Vergl. unten §. 107. not. 1.

[3] Claproth Summ. Pr. §. 272. Danz Summ. Pr. §. 75. Ausg. II.

[4] A. M. ist v. Gönner Handbuch IV, 73. §. 8 u. 12, indem er behauptet, das Interesse liege im Zwecke der Aufforderung und daß es daher keiner Bescheinigung des Interesses bedürfe. Die Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung von 1555. II, 25. fordert aber Nachtheil und Beschwerung. Vergl. Breidenbach im Archiv für die civil. Praxis III, 21. p. 343 fg. Kind Quaest. For. III, 19. p. 87. Biener Syst. §. 301. not. 4. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfragen No. 327.

vorläufig zu bescheinigen[5]. Bei Provocation zu Erhebung der Eigenthumsklage bedarf es auch des Anführens und der Bescheinigung des Umstands, daß der Provocant die betreffende Sache besitze, es müßte denn der Provocat den Besitz des Provocanten in der Berühmung selbst ausdrücklich anerkannt haben, wo es dann wenigstens der Bescheinigung dieses Umstands nicht bedarf[6]. Diese vorläufige Bescheinigung der erfolgten Diffamation ist summarisch und darf niemals durch Eidesantrag[7], kann aber durch Urkunden oder Zeugen geführt werden[8]. Im letzteren Falle genügt sogar ein unverdächtiger geschworener Zeuge[9]. Die Urkun-

---

[5] Rchs-Camm.-Ger.-Ordn. von 1555. II, 25. Jgstr Rchs-Abschd von 1654. §. 83. vergl. mit §. 79. Alte Pr.-O. I, 4 am Ende. Erl. Pr.-O. V, 5. Mevius Decis. III, 393. Claproth l. l. §. 273. Danz l. l. §. 75. Weber Lehre v. Kl. u. Einr. I, 4. p. 28. Glück Comm. VI. §. 533a. p. 491. Martin Lehrbuch §. 256. v. Linde Lehrbuch §. 337. v. Bayer Summ. Proc. §. 57. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. 2c. IV. §. VIII. p. 273. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 6. Ejusdem El. Proc. Prov. §. 26 fg. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 228. Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. V, 5. s. v. „beigelegt." Schweitzer l. l. §. 2. p. 117. Kind l. l. III, 19. Biener l. l. §. 301. v. Hartitzsch l. l. No. 327. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis I, 7. p. 41 fg. Volkmann §. 279. p. 336. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XV. p. 86 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. II, 315. p. 225 fg. Dahin gehört auch die Bescheinigung der Sachlegitimation. Vergl. Francke im Archiv für die civil. Praxis XVIII, 9. p. 232 und 236. Denn ist der Provocant nicht zur Sache legitimirt, so hat er kein Interesse. A. M. ist v. Bayer l. l. §. 57. not. 1. Wird die Bescheinigung durch Urkunden geführt, so kann die Diffamationsklage auch in Form einer Executivklage erhoben werden. Kori Executivproceß §. 6.

[6] Francke l. l. p. 232 fg. vergl. mit Jgstr Rchs-Abschd von 1654. §. 83. Die Behauptung, daß der Provocant im Besitze der Sache sich befinde, wird zur Begründung der Provocation in solchem Falle allerdings erfordert. Vergl. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 517. p. 33 fg. und die im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1855. N. F. III, 76. sub II. p. 331 fg. 334 u. 336 mitgetheilten Entscheidungen.

[7] Erl. Pr.-O. V, 5. vergl. mit Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung von 1555. II, 25. Jgstr Rchs-Abschd von 1654. §. 79 u. 83. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 6. Ejusdem Elect. Proc. Prov. §. 28. Rivinus Enunc. I, 20. Wernher l. l. P. I. Obs. 228. Schweitzer l. l. §. 2. p. 121 fg. Biener l. l. §. 301. not. 6. Kori Summ. Proc. §. 140. Glück Comm. VI. §. 533a. p. 491. v. Bayer l. l. §. 57. not. 1. Mittermaier l. l. p. 273. A. M. sind Claproth l. l. §. 283. Höpfner l. l. I, 7. p. 41 fg. Unbestimmt spricht sich aus Griebner l. l. zu Erl. Pr.-O. V, 5. s. v. „Noch ein eidlich Zeugniß."

[8] Erl. Pr.-O. V, 5. Ackermann Rechtssätze N. F. II, 315. p. 225 fg. Der articulirten Form bedarf es also nicht. Indeß ist dieselbe bei der Bescheinigung durch Zeugen gewöhnlich und rathsam. Danz Ordentl. Pr. §. 277. Schweitzer l. l. §. 2. p. 122.

[9] Erl. Pr.-O. V, 5. Diese der Ladung vorausgehende und die Zulässigkeit derselben bedingende Bescheinigung braucht überhaupt keine volle Ueberzeugung des Richters von der erfolgten Diffamation zu bewirken. Stellt nachher der Provocat die behauptete Diffamation in Abrede, so muß volle Bescheini-

den, deren sich der Provocant zu diesem Zwecke bedient, werden der Klagschrift im Original oder in vidimirter Abschrift sofort beigelegt [10]. Auch können der Klagschrift Zeugenrotuln sofort beigelegt werden [11]. Ist dies nicht geschehen, so werden die Zeugen, deren sich der Provocant zum Behuf der Bescheinigung bedienen will, in der Klagschrift selbst benannt. Der Provocat wird zu Einlassung auf die Provocationsklage sub poena perpetui silentii, und zur Recognition der nach Befinden beigelegten Bescheinigungsurkunden sub poena recogniti aufgefordert [12]. Das Gesuch des Provocanten geht auf Vereidung und Abhörung der etwa benannten Bescheinigungszeugen, jedenfalls aber auf Anberaumung eines Verhörstermins, auf Vorladung des Provocaten dazu, sowie zu Einlassung auf die Provocationsklage und zu Recognition der beigelegten Bescheinigungsurkunden unter den gesetzlichen Verwarnungen [13] und auf Verurtheilung desselben zum ewigen Stillschweigen für den Fall, daß er die Klage innerhalb Sächsischer Frist anzustellen [14] unterlassen sollte [15]. Die Klagschrift wird zwar gewöhnlich in Form eines Schreibens, also in unfeierlicher Form abgefaßt, kann aber auch mittelst Präsentationsschreibens überreicht werden, es müßte denn aus anderen Grün-

---

gung, also entweder ein zweiter unverdächtiger Zeuge beigebracht, oder die volle Gewißheit durch Auferlegung des Erfüllungseides herbeigeschafft werden. Erl. Pr.-O. l. l. u. unten §. 104 bei not. 19 u. 35.

[10] Einfache Abschriften genügen, da es sich um sofortige, wenigstens vorläufige Bescheinigung handelt, natürlich nicht. Dieß erhellt aus Erl. Pr.-O. V, 5. Vergl. Wernher l. l. P. I. Obs. 228. Berger Oec. Jur. l. l. not. 6. El. Proc. Prov. §. 27. Schweitzer l. l. §. 2. p. 121. Die Abschriften müssen gerichtlich vidimirt sein. Erl. Pr.-O. l. l. Notarielle Vidimation genügt also nicht. Edition der Bescheinigungsurkunden kann der Provocant schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht fordern. Vergl. Leyser Med. ad Pand. Sp. 38. med. 8. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 273. Mein Lehrbuch §. 152 bei not. 8.

[11] Erl. Pr.-O. l. l. Biener l. l. §. 301. not. 1. vergl. mit Verordnung v. 21. März 1820. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 294. Nothwendig ist die Beilegung eines Rotuls natürlich nicht. Vielmehr kann der Provocant auch um Abhörung der Zeugen vor der Ausfertigung bitten.

[12] Vergl. Erl. Pr.-O. V, 6. Schweitzer l. l. §. 1. p. 114.

[13] Unter diesen kann der Provocat zunächst noch nicht vorgeladen werden — s. unten §. 104. Indeß wird das Gesuch gewöhnlich sofort darauf gerichtet.

[14] Dieß gilt auch von Fortsetzung einer liegen gelassenen Klage. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1842. II, 32. p. 144. Auf Beweisführung ist die Aufforderung wenigstens zunächst nicht gerichtet.

[15] Claproth l. l. §. 275. Mehlen Summ. Pr. §. 40. Mittermaier l. l. p. 273. Schweitzer l. l. §. 7. p. 47 fg. Volkmann l. l. §. 279. p. 338.

den die unfeierliche Form erfordert werden[16]. Der Kosten halber braucht der Provocant gerichtsbräuchlich nicht zu caviren[17]. Die Kosten sind jedesmal sofort bei Einreichung der Diffamationsklage zu den Acten zu liquidiren[18]. Eine eingereichte Criminaldenunciation ist in keinem Falle als Provocationsklage zu betrachten[19]. Von der Provocation zu Anstellung einer geringfügigen oder Bagatellklage ist oben die Rede gewesen[20].

§. 104.

Von der Ladung, dem Verhörstermine, dem rechtlichen Verfahren und der Entscheidung im Diffamationsprocesse.

Nach Eingang der Klagschrift hat der Richter den Inhalt derselben und die beigebrachte Bescheinigung zuvörderst sorgfältig[1] zu prüfen und wenn sie offenbar ganz unhaltbar, oder die Bescheinigung ganz ungenügend[2] ist, den Kläger unter Angabe der Gründe sofort zurückzuweisen[3]. Im entgegengesetzten Falle werden die Parteien, nach Befinden nach vorgängiger Vereidung und Abhörung der Bescheinigungszeugen[4], zum Verhörstermine vor-

---

[16] Schweitzer l. l. §. 1. p. 115. Mündliches Anbringen der Klagschrift wird nicht leicht berücksichtigt werden können.

[17] Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 6. Ejusdem Elect. Proc. Provocat. §. 25. Hommel Rhaps. Obs. 14. Schweitzer l. l. §. 4. p. 127. Pfotenhauer Doctr. Process. §. 214. not. *. Biener l. l. §. 302. Kori Summ. Proc. §. 137. p. 257. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 220 bei not. 18. Der Provocat muß dagegen im Hauptprocesse den Kostenvorstand bestellen, falls er nicht aus anderen Gründen befreit ist. Martin l. l. §. 256. not. i. v. Linde l. l. §. 336 bei not. 14. Siehe die von Ackermann in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. VIII, 10. p. 209 gegen den im Texte erwähnten Gerichtsbrauch erhobenen Bedenken.

[18] Erl. Pr.-O. V, 6. Verlustig wird er derselben jedoch nicht, wenn er sie nicht sogleich bei der Klage liquidirt hat. Biener l. l. §. 302. not. 3.

[19] v. Langenn und Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 20. p. 193 fg. und das dort mitgetheilte Präjudiz des vormaligen Appell.-Gerichts. Kori l. l. §. 138. p. 260.

[20] S. oben §. 74 bei not. 19 fg. Vergl. auch unten §. 106. not. 8.

[1] Dieß deßhalb, damit grundlose Provocationen im Keime erstickt werden. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. VIII. p. 273.

[2] Ohne diese Bescheinigung darf nicht ausgefertigt werden. Mevius Decis. IX, 98 u. 102. Glück Comm. VI. §. 533a. p. 492. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 177. Volle Ueberzeugung des Richters wird nicht erfordert. S. oben §. 103. not. 9.

[3] v. Linde Lehrbuch §. 337. Schweitzer Provocationsproceß §. 4. p. 127 fg. Von der Verbesserung der Klagschrift durch den Richter gelten die allgemeinen Grundsätze. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 221.

[4] Schweitzer l. l. §. 2. p. 119. Ist das Proceßgericht dazu nicht competent, so muß requirirt werden. Vergl. Verordnung v. 21. März 1820.

geladen. Die erste Ladung ist dilatorisch[5]. Die Parteien werden in derselben, ohne Beifügung eines Präjudizes und ohne daß es einer Sächsischen Frist bedarf[6], aufgefordert, bei 5 Thaler Strafe[7] an Gerichtsstelle zu erscheinen. Zugleich wird dem Provocanten aufgegeben, die Urkunden, deren er sich zur Bescheinigung bedient hat, im Termine zu produciren[8]. Dem Provocaten wird aufgegeben, sich auf die Diffamationsklage zu erklären und die vom Provocanten producirten Urkunden zu recognosciren[9], und dieser Aufforderung die Verwarnung beigefügt, daß er im Fall des Ungehorsams die Terminkosten zu erlegen haben würde[10]. Von dem Falle, wenn der Provocat längstens vier Wochen vor dem Termine Executivklage erhebt und auf Vorladung des Provocanten zu Recognition der dieser Klage beigelegten Urkunden in dem anberaumten Verhörstermine anträgt, wird unten die Rede sein[11]. Bleiben beide Parteien in diesem Termine aus, so wird derselbe circumduct[12]. Wird nur der Provocant ungehorsam, so gelten die Grundsätze des ordentlichen Processes und wird daher derselbe, wenn er entweder innerhalb der ihm gesetzten Frist um anderweite Ladung nicht bittet, oder in dem auf seinen Antrag anberaumten anderweiten Verhörstermine abermals ausbleibt,

---

5 Erl. Pr.=O. V, 6. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 7. Ejusdem El. Proc. Prov. §. 29 fg. Griebner Discurs zur Erl. Pr.=O. V, 6. s. v. „erstrecken" p. 98. Biener Syst. §. 302.

6 Erl. Pr.=O. l. l. vergl. mit IV, 1. A. M. ist ohne genügenden Grund Scheibe in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XII, 4. p. 349 fg. indem er auch hier die Einräumung einer Sächsischen Frist für nöthig hält. Der Gerichtsbrauch hat von jeher eine 14tägige Frist für hinreichend angesehen.

7 Biener l. l. §. 302. not. 2. Kori Summ. Pr. §. 140. p. 264. A. M. ist Griebner l. l. s. v. „erstrecken." Volkmann l. l. §. 280. p. 343 bezweifelt nur die Nothwendigkeit dieser Strafandrohung, und ist ihm darin beizupflichten, daß die Aufnahme derselben in die Ladung zur Gültigkeit dieser Ladung nicht erfordert wird.

8 Erl. Pr.=O. V, 5. Griebner l. l. s. v. „guarentigiatum."

9 Dieß erhellt aus Erl. Pr.=O. l. l. Biener l. l. §. 302. Schweitzer l. l. §. 4. p. 128. Bei öffentlichen Urkunden bedarf es einer solchen Aufforderung zur Recognition nach allgemeinen Grundsätzen nicht. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 290 nach not. 12b.

10 In der Erl. Pr.=O. V, 6. ist dieß ausdrücklich vorgeschrieben. Indeß würde die Weglassung dieser Androhung weder Ungültigkeit der Ladung zur Folge haben, noch den ausgebliebenen Provocaten von der Verbindlichkeit befreien, die Terminkosten zu erlegen, beziehendlich zu erstatten.

11 S. unten §. 106 nach not. 8.

12 Die Kosten werden nach allgemeinen Grundsätzen compensirt. Biener l. l.

seines Provocationsrechts verlustig [13]. Bleibt der Provocat in dem anberaumten ersten Verhörstermine ungehorsam aus, oder erscheint er zwar, ohne jedoch auf die Diffamationsklage sich zu erklären, so wird auf Antrag des Provocanten ein anderweiter Verhörstermin anberaumt und der Provocat dazu in gleicher Weise, wie zum ersten Verhörstermine, jedoch diesmal peremtorisch und zwar unter Gestattung einer vollen Sächsischen Frist [14] zur Einlassung auf die Diffamationsklage bei Vermeidung ewigen Stillschweigens [15], zur Recognition der der Diffamationsklage beigelegten Bescheinigungsurkunden bei Vermeidung des Anerkenntnisses [16] vorgeladen. Bleibt der Provocat in diesem Termine abermals aus, oder unterläßt er es, auf die erhobene Diffamationsklage sich zu erklären, so treten die in der anderweiten Ladung angedrohten Präjudizien in Kraft und es wird auf Antrag des Provocanten ein darauf lautendes Contumacialerkenntniß gefällt [17]. Der Ungehorsam des im ersten Termine erschienenen, im zweiten aber ausgebliebenen Provocanten wird nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt [18]. Das Ausbleiben beider Parteien macht den Termin circumduct und hat für keine derselben besondere

---

13 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 225. Schweitzer l. l. §. 5. p. 133. Biener l. l. Natürlich muß hier der Provocant die Unkosten erstatten. Volkmann l. l. §. 280. not. f. pag. 344 behauptet, dieß habe keinen Sinn, denn es könne dem Provocaten nichts daran liegen, den Provocanten zu Fortstellung des Provocationsprocesses zu zwingen, da er die Hauptklage anstellen könne. Derselbe berücksichtigt aber dabei nicht, daß das dem Berechtigten nach allgemeinen Grundsätzen zustehende Recht, die Klaganstellung zu unterlassen, nur ausnahmsweise durch das Recht des angeblich Verpflichteten zu provociren beschränkt wird und daß der Provocat ein Interesse haben kann, die Anstellung der Hauptklage zur Zeit noch zu unterlassen. Mit demselben Rechte würde man es für unnütz halten müssen, wenn ein Provocat, welcher sich für berechtigt hält, der erhobenen Provocationsklage dilatorische Einreden entgegensetzt oder die Hinlänglichkeit der vom Provocanten unternommenen Bescheinigung der Diffamation bestreitet.

14 Erl. Pr.-O. IV, 1.

15 Erl. Pr.-O. V, 6. u. X, 2. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 7 et 8. Ejusdem Electa Proc. Prov. §. 33. Schweitzer l. l. §. 4. p. 129. Biener l. l. §. 302.

16 Dieß ist zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben, folgt aber aus allgemeinen Grundsätzen. Schweitzer l. l. §. 4. p. 128. Die Kosten des versäumten ersten Termins hat der Provocat in allen Fällen zu tragen. Erl. Pr.-O. V, 6.

17 Erl. Pr.-O. V, 6. Leyser Med. ad Pand. Sp. 81. med. 5. Glück Comm. VI. §. 533a. p. 495. Auch wird der Provocat in solchem Falle zu Erstattung der Proceßkosten verurtheilt. Erl. Pr.-O. l. l. Berger Oec. Jur. l. l. not. 8.

18 Daher wird derselbe seines Provocationsrechts keineswegs sofort verlustig. Vielmehr gelten auch hier die oben bei not. 13 erwähnten Grundsätze.

Nachtheile zur Folge. Sind beide Parteien im ersten oder anderweiten Termine gehörig erschienen, so hat sich der Provocat auf die Diffamationsklage zu erklären[19]. Läugnet er die Diffamation, so hat der Provocant diese Diffamation voll, wenn auch summarisch zu bescheinigen und zu diesem Zwecke die Bescheinigungsmittel, deren er sich bedienen will, zu produciren[20], Provocat aber über die Aechtheit der beigebrachten Privaturkunden sich sofort zu erklären und dieselben also entweder zu recognosciren oder sich zur Diffession zu erbieten[21]. Eidesantrag ist auch hier unzulässig[22]. Hatte der Provocant die erfolgte Diffamation nur durch einen Zeugen bescheinigt, und ist er nicht im Stande, einen zweiten zu produciren, durch dessen Aussage die erfolgte Diffamation zur Gewißheit erhoben wird, oder bleibt die vom Provocanten unternommene Bescheinigung aus anderen Gründen minder voll, so wird derselbe nach abgesetztem Verfahren nach Befinden zum Erfüllungseide oder der Provocat zum Reinigungseide gelassen und nach geführter Bescheinigung der Provocat zu Anstellung der Hauptklage bei Vermeidung ewigen Stillschweigens verurtheilt[23]. Einer ausdrücklichen Erklärung über das Recht selbst, dessen sich der Provocat nach Inhalt der Diffamationsklage gerühmt haben soll, bedarf es in diesem Falle nicht. Hatte aber der Provocat neben dem Läugnen der Diffamation eine solche Erklärung abgegeben, und geht diese Erklärung dahin, daß ihm das angeblich gerühmte Recht allerdings zustehe, so wird er zu Anstellung der Hauptklage, falls er dieselbe nicht bereits angestellt hat, bei Vermeidung ewigen Stillschweigens, der Provocant aber, wenn er die Diffamation zu bescheinigen nicht im Stande ist, zu Erstattung der Kosten des Provocationsprocesses

---

[19] Thut er dieß im ersten Termine nicht, so bedarf es neuer Vorladung. S. oben nach not. 13.

[20] Erl. Pr.-O. V, 5. Griebner l. l. zu Erl. Pr.-O. V, 5. s. v. „in termino" p. 97. Nach der Praxis ist dieß dem Provocanten noch bis zur Inrotulation der Acten gestattet. Kori l. l. §. 140. p. 265.

[21] Erl. Pr.-O. l. l. Kori l. l. §. 140. p. 264. Hier gelten nach Befinden die Grundsätze des Executivprocesses. Schweitzer l. l. p. 135 fg.

[22] Dieß folgt aus Erl. Pr.-O. l. l. Kori l. l. §. 140. p. 265. Ueber Exceptionen kann der Eid angetragen werden. Kori l. l. und unten bei not. 27.

[23] Erl. Pr.-O. l. l. Schweitzer l. l. §. 7. p. 142. Fälschlich behauptet Biener l. l. §. 302 am Ende, hier trete die Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen ein. Vergl. Kori l. l. §. 140. p. 266. not. 9.

verurtheilt[24]. Auf gleiche Weise verfällt der Provocant in den Nachtheil der Kostenerstattung, wenn der Provocat neben dem Läugnen der Diffamation ausdrücklich zugiebt, daß ihm das angeblich gerühmte Recht nicht zustehe, es müßte denn der Provocant die erfolgte Diffamation voll, und zwar nach Befinden mittelst Erfüllungseides zu bescheinigen im Stande sein. Räumt dagegen der Provocat die Diffamation ein, so ist zu unterscheiden, ob er zugleich zugiebt, daß ihm das gerühmte Recht nicht zusteht, oder nicht. Im ersteren Falle wird er zu ewigem Stillschweigen und zu Erstattung der Kosten des Provocationsprocesses ebenso verurtheilt, wie wenn er in dem anberaumten anderweiten Verhörstermine ungehorsam ausblieb, oder eine bestimmte Erklärung abzugeben unterließ[25]. Im letzteren Falle und wenn er also bei der Behauptung stehen bleibt, daß ihm der gerühmte Anspruch an den Provocanten zustehe, wird ihm im Erkenntnisse auferlegt, die Hauptklage bei Vermeidung ewigen Stillschweigens anzustellen. Außerdem aber und neben diesen verschiedenen Erklärungen auf die Diffamationsklage, welche der Provocat abgeben kann, ist derselbe auch berechtigt, solche dilatorische Einreden vorzuschützen, welche sich auf das Wesen des Processes überhaupt oder auf die Erfordernisse dieser Proceßart beziehen[26]. Auch kann derselbe nach Befinden peremtorische Ausflüchte vorschützen und sich zum Beweise derselben des Eidesantrags bedienen[27]. Indeß dürfen Ausflüchte, welche sich auf die künftige Hauptsache beziehen, im Provocationsprocesse nicht berücksichtigt werden[28]. Im Termine findet ein Vergleichsver-

---

[24] Denn die Diffamation liegt in der im Processe aufgestellten Behauptung, daß das Recht zustehe.

[25] v. Linde l. l. §. 337. Griebner l. l. s. v. „überführet" p. 97. Schweitzer l. l. §. 7. p. 139. Kori l. l. §. 140. p. 266. Die Privaterklärung des Provocaten, daß er geirrt habe, befreit ihn von der Verbindlichkeit zum Erscheinen nicht. Claproth Summ. Pr. §. 274. Schweitzer l. l. §. 4. p. 39.

[26] Schweitzer l. l. §. 6. p. 136. Biener l. l. §. 302. Dahin gehört z. B. die Einrede, daß der Provocat zu Anstellung der Eigenthumsklage nicht provocirt werden dürfe, weil er sich im Besitze der Sache befinde, deren Eigenthum er sich zugeschrieben habe — vergl. oben §. 100 bei not. 22. v. Linde l. l. §. 337. — die Einrede, daß bereits eine andere Provocationsklage rechtshängig sei, die Einrede der Incompetenz u. s. w.

[27] Kori l. l. §. 140. p. 265. Dahin gehört, wie Volkmann l. l. §. 281. p. 347 richtig bemerkt, auch die Ausflucht, daß die Hauptklage bereits erhoben sei.

[28] Schweitzer l. l. §. 6. p. 136. Kori Summ. Pr. §. 137. p. 257.

such Statt[29]. Führt dieser zu keinem Resultate, oder wird sonst der Gegenstand des Diffamationsprocesses durch die terminliche Verhandlung nicht erledigt, so werden die Parteien zum rechtlichen Verfahren verwiesen, welches nach Analogie des ordentlichen Processes innerhalb siebentägiger Frist abgesetzt wird[30]. Specielle Einlassung wird nicht erfordert; vielmehr genügt es, wenn sich der Provocat nur im Allgemeinen, jedoch bestimmt und deutlich über die behauptete Diffamation erklärt[31]. Nach abgesetztem Verfahren, in welchem die Parteien zugleich ihre Bescheinigung und Gegenbescheinigung beizubringen haben[32], werden die Acten zum Verspruch inrotulirt und nach Befinden verschickt. Das Erkenntniß ist in allen Fällen für den Provocationsproceß definitiv[33]. In demselben wird entweder der Provocant wegen Incompetenz des Gerichts „allhier" oder wegen Unzulässigkeit der Provocation „schlechterdings" oder auch wegen sonstiger dilatorischer Einreden „in angebrachter Maaße" abgewiesen, oder der Provocat von der gegen ihn erhobenen Diffamationsklage entbunden und losgezählt, oder zu Anstellung der Hauptklage innerhalb Sächsischer von Eintritt der Rechtskraft an zu berechnender Frist[34] unter Andro-

---

[29] Schweitzer l. l. §. 5. p. 134. Biener l. l. §. 302. Kori l. l. §. 140. p. 264. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 59. Dieser Vergleichsversuch wird zweckmäßig auf den Gegenstand der künftigen Hauptsache erstreckt. Kori l. l. §. 140. p. 264.

[30] Biener l. l. §. 302. Kori l. l. §. 140. p. 264. Dasselbe betrifft nur die Statthaftigkeit der Provocation, die Bescheinigung der Diffamation und die Zulässigkeit der Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen. Schweitzer l. l. §. 6. p. 139.

[31] Schweitzer l. l. §. 6. p. 135.

[32] Erl.-Pr.-O. V, 5. Biener l. l. §. 302. Kori l. l. §. 140. p. 265. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis I, 7. p. 43 fg. Die Beweisführung ist also hier summarisch, aber voll. Vergl. oben bei not. 20. Daher reicht die vor der Ladung beigebrachte Bescheinigung nicht aus, sobald dieselbe minder voll war. Articulirte Form wird natürlich nicht erfordert. Nur beim Zeugenbeweise ist dieselbe gewöhnlich. Schweitzer l. l. §. 6. p. 137. Interrogatorien sind bei der summarischen Form der Bescheinigung nach der richtigeren Ansicht ausgeschlossen. Kori l. l. A. M. sind aus unzureichenden Gründen Schweitzer l. l. §. 6. p. 137 fg. Volkmann l. l. §. 280. not. q. pag. 346. Indeß kann sich der Gegner in der Gegenbescheinigung derselben Zeugen bedienen.

[33] Kori l. l. §. 140. p. 265. Biener l. l. §. 302.

[34] Nach altem Sächsischen Rechte binnen gedoppelter Sächsischer Frist. Die Erl. Pr.-O. V, 5. hob dieß auf. Schweitzer l. l. §. 8. p. 142 fg. Biener l. l. §. 303. Dilation wird nach der Bekanntmachung des Ober-Appellationsgerichts v. 30. October 1847. G. S. von 1848 p. 1. nicht ertheilt. Ueber die früheren Ansichten siehe Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 10. Ejusdem El. Proc. Provoc. §. 35 fg. Schweitzer l. l. §. 9. p. 145. Volkmann l. l. §. 282. not. c. pag. 351.

hung ewigen Stillschweigens, oder auch sofort zum ewigen Stillschweigen verurtheilt[35]. Nach Befinden kann das Erkenntniß von der Leistung eines Notheides abhängig gemacht werden[36].

§. 105.

Von den Folgen der Verurtheilung zur Klaganstellung.

Kommt der Provocat innerhalb der ihm im rechtskräftigen Erkenntnisse oder vergleichsweise gesetzten peremtorischen Frist seiner Verbindlichkeit, die Hauptklage zu erheben[1], nicht nach, so wird er seines Rechts, diese Klage anzustellen, ipso jure verlustig. Doch wird der Provocant zweckmäßig in solchem Falle auf Fällung eines Erkenntnisses über die Folgen des Ungehorsams antragen, worin der Eintritt dieser Folgen ausdrücklich ausgesprochen, also der Provocat zum ewigen Stillschweigen und zu Erstattung der neueren Kosten verurtheilt wird. In solchem Falle hat der Richter, sobald namentlich zwischen den Parteien darüber Streit entsteht, ob ein Contumacialerkenntniß zulässig sei, einen Inrotulationstermin anzuberaumen und die Parteien vor der Entscheidung zu hören[2]. Wird dagegen die Hauptklage vom Provocaten vor Ablauf der peremtorischen Frist erhoben, so wird der Provocationsproceß sistirt und über die Hauptklage nach allgemeinen Grundsätzen verfahren[3]. Die angestellte Hauptklage muß den ganzen gerühmten Anspruch betreffen, widrigenfalls dem Provocaten hinsichtlich der nicht geltend gemachten Ansprüche ewiges Stillschweigen auferlegt wird[4].

---

35 Erl. Pr.-O. V, 5. Kori l. l. Biener l. l. §. 303. v. Linde l. l. §. 337.

36 Erl. Pr.-O. l. l. Dieser wird nach Befinden de credulitate geleistet. Griebner l. l. zu V, 5. s. v. „in supplementum" p. 97.

1 Auf die Ausfertigung des Richters kommt dabei nichts an, daher bedarf es auch des Nachweises, daß die Klage fristmäßig angestellt und nur durch die Schuld des Gerichts nicht zugefertigt sei, in keinem Falle. A. M. ist Volkmann l. l. §. 282. p. 352.

2 Schweitzer Provocationsproceß §. 9. p. 144. Biener Syst. §. 303. Kori Summ. Proc. §. 138. p. 261. Volkmann l. l. §. 282. p. 352.

3 Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 12. Glück Comm. VI. §. 533 a. p. 495. Mittermaier im Archiv für die civilist. Praxis I, 20. p. 256. Nur muß der Provocat, wenn er die Hauptklage vor einem anderen Gerichte erhoben hat, dieß bei dem Gerichte, vor welchem der Provocationsproceß anhängig war, glaubhaft anzeigen. Claproth Summ. Pr. §. 277. Danz Summ. Pr. §. 79. Ausg. II. Glück l. l. Die Verbindlichkeit zur Bestellung des Kostenvorstands in dem Hauptprocesse richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Martin Lehrbuch §. 256. not. 1. v. Linde Lehrbuch §. 336 bei not. 14. A. M. ist Kori l. l. §. 138. p. 262.

4 Berger El. Proc. Prov. §. 39. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 261 fg.

Wird in diesem Hauptprocesse der Provocant als Beklagter in Betreff des ganzen Objects der Hauptsache verurtheilt, so kann eine Verurtheilung des Provocaten im Provocationsprocesse natürlich nicht eintreten und erlischt daher der Provocationsproceß in solchem Falle gänzlich. Auch wird dann der Provocant zu Erstattung der Kosten des Provocationsprocesses verurtheilt[5]. Im entgegengesetzten Falle und wenn der Provocant als Hauptbeklagter von dem Anspruche des Provocaten losgesprochen wird, lebt der Provocationsproceß wieder auf und der Provocat wird zu ewigem Stillschweigen und zu Erstattung der Kosten des Provocationsprocesses[6] verurtheilt[7]. In gemischten Fällen wird die Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen wenigstens hinsichtlich derjenigen Punkte ausgesprochen, in welchen der Provocant losgesprochen worden ist. Ist dagegen das Erkenntniß in der Hauptsache nicht gemischt, sondern die Verbindlichkeit des verurtheilten Provocanten nur an sich beschränkt, so ist eine nachträgliche Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen im Provocationsprocesse nicht zulässig. Die Abweisung des Provocaten mit der von ihm angestellten Hauptklage hat die Verurtheilung desselben zum ewigen Stillschweigen im Provocationsprocesse nur dann zur Folge, wenn die Klage schlechterdings abgewiesen worden ist[8]. War dagegen der Provocat mit seiner Hauptklage nur wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder aus anderen processualischen Gründen „in angebrachter Maaße" abgewiesen worden, so berechtigt dieß den Provocanten noch nicht zu dem Antrage auf

---

[5] Schweitzer l. l. §. 10. p. 149.

[6] Dieß sogar dann, wenn die Kosten des Hauptprocesses compensirt worden sind. Schweitzer l. l. §. 10. p. 150.

[7] Biener l. l. §. 303. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 261. Durch eine solche Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen wird auch der Bürge des Provocanten von seiner Verbindlichkeit befreit. Leyser Med. ad Pand. Sp. 81. med. 8.

[8] Bekanntmachung des Ober-Appellationsgerichts v. 30. October 1847 G. S. v. 1848. p. 1. Dabei aber wird vorausgesetzt, daß im Provocationsprocesse durch rechtskräftiges Erkenntniß oder Compromiß ein bestimmter Klaggrund festgesetzt worden war. Ist dieß nicht geschehen, so darf der schlechterdings abgewiesene Provocat zum ewigen Stillschweigen nicht verurtheilt werden. Vielmehr wird demselben die Anstellung neuer Hauptklage und zwar nunmehr bei Verlust des Rechts aufgegeben. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis I, 9. p. 51. Vergl. überhaupt diese sehr speciell gehaltene Abhandlung. A. M. ist ohne genügende Gründe Volkmann l. l. §. 282. p. 355 und not. m. daselbst.

Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen[9]. Vielmehr wird in solchem Falle dem Provocaten, wenn der Provocant darauf oder auf gänzliche Abweisung der Hauptklage ausdrücklich angetragen hatte, sofort im abweisenden Erkenntnisse, wenn dagegen ein solcher Antrag nicht vorliegt, auf abermaligen Antrag des Provocanten im Provocationsprocesse mittelst besonderen Erkenntnisses[10] auferlegt, bei Verlust seines Klagrechts und zwar nunmehr eine schlüssige, auf einem tüchtigen Grunde beruhende Klage bei dem gehörigen Richter binnen Sächsischer Frist anzustellen[11]. Einer nochmaligen Provocation bedarf es zu diesem Zwecke nicht. Daher findet auch kein neuer Provocationsproceß Statt[12]. Unterbleibt die Klaganstellung innerhalb der vorgeschriebenen Frist, oder ist die anderweite Klage wieder abzuweisen, so wird dem Provocaten, beziehendlich im abweisenden Erkenntnisse, ewiges Stillschweigen auferlegt[13]. Verzichtleistung des Provocaten auf den Anspruch, zu dessen Geltendmachung er provocirt worden ist, hat die Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen zur Folge. Verzichtleistung desselben auf den angestellten Hauptproceß ist einmal gestattet[14], auch die substantielle oder accidentelle Klagänderung nicht ausgeschlossen[15].

---

[9] Angez. Bekanntmachung des Ober-Appellationsgerichts v. 30. October 1847.

[10] Eines solchen bedarf es, weil die Zulässigkeit einer bloßen Auflage mit dem Präjudize des ewigen Stillschweigens, wie Volkmann l. l. §. 282. not. k. pag. 355. richtig bemerkt, gerechtem Bedenken unterliegt. Siehe auch Ackermann Rechtssätze N. F. V, 654. p. 25 fg.

[11] Angez. Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 30. October 1847. Biener l. l. §. 303. not. 3. Höpfner l. l. I, 9. p. 50 fg.

[12] Kritz l. l. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 331.

[13] Angez. Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 30. October 1847.

[14] Wollte man mit Volkmann l. l. §. 282. not. n. pag. 356. die mehrmalige Verzichtleistung auf den Proceß für statthaft erachten, so würde man der Verschleppung des Processes das Wort reden. Uebrigens wird schon deßhalb die mehrmalige Verzichtleistung nicht erlaubt sein, weil der Anspruch des Provocaten nach dem oben bei not. 10. Gesagten verloren geht, wenn er zum zweiten Male in angebrachter Maaße zurückgewiesen wird.

[15] Mittermaier im Archiv für die civ. Prax. I, 20. p. 256 fg. Nach Höpfner l. l. I, 9. p. 54 fg. soll nur accidentelle Klagänderung zulässig sein. Veränderung einer Klage, welche der Provocat anderweit erhoben hat, nachdem er mit seiner ersten Hauptklage angebrachtermaaßen abgewiesen worden war, ist natürlich unzulässig. Volkmann l. l. §. 282. p. 356.

§. 106.

Von der Anstellung der Hauptklage während des Diffamationsprocesses.

Ist der Provocat überzeugt, daß ihm der Anspruch, zu dessen Geltendmachung er vom Provocanten aufgefordert worden ist, gegen diesen Letzteren wirklich zustehe, so kann er schon vor dem in der Provocationssache anberaumten Verhörstermine, oder auch nach demselben, also vor der Entscheidung seine Hauptklage anstellen[1]. In solchem Falle erlischt der Provocationsproceß[2]. Indeß ist der Provocant, wenn er im Hauptprocesse losgesprochen, oder der Provocat schlechterdings abgewiesen worden ist, allerdings berechtigt, die Wiederaufnahme des Provocationsprocesses und die Verurtheilung des Provocaten zum ewigen Stillschweigen zu fordern. Ebenso wird dem Provocaten in dem Falle, wenn er nach vorgängiger Abweisung in angebrachter Maaße, obwohl er zu Einreichung einer schlüssigen tadellosen Klage bei Vermeidung ewigen Stillschweigens aufgefordert worden war[3], an der dazu gestatteten Frist sich versäumt hat, oder mit seiner anderweiten Klage abermals abzuweisen ist, beziehendlich in dem die ander=

---

[1] Biener Syst. §. 303. Will sich der Provocat zum Beweise der in der Klagschrift aufgestellten Behauptungen des Eidesantrags bedienen, so muß er dieß in der Klagschrift selbst erklären. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 217. Stellt der Provocat die Hauptklage nicht an, sondern erbietet er sich nur zu Anstellung derselben, so muß ihm eine peremtorische Frist zu diesem Zwecke vorgeschrieben werden. v. Linde Lehrbuch §. 337. v. Bayer Summ. Pr. §. 57. not. 6. p. 135. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. VIII. p. 274. not. 90. Ueber die Verbindlichkeit des Provocaten, im Hauptprocesse den Kostenvorstand zu bestellen, s. oben §. 105. not. 3 am Ende.

[2] Vergl. oben §. 98 bei not. 14. Die Fällung eines besonderen Erkenntnisses über die Provocationsklage ist in solchem Falle nutzlos und schon deßhalb, namentlich aber auch aus dem Grunde unzuläßig, weil dasselbe dann nur den Charakter eines Interlocuts haben würde. Denn die definitive Entscheidung über die Provocationsklage kann in solchem Falle erst nach rechtskräftiger Entscheidung des Hauptprocesses erfolgen. Interlocute sind aber im Provocationsprocesse unzuläßig. Vergl. oben §. 104 bei not. 33. Dieß gilt sogar in dem Falle, wenn der Provocat seine Hauptklage bei einem anderen Gerichte angestellt hat und Provocant die Competenz dieses Gerichts in Abrede gestellt hat. Denn über diese Competenz hat nicht der in der Provocationssache zuständige, sondern der Richter zu entscheiden, bei welchem die Hauptklage angestellt worden ist. Nur in dem Falle, wenn die angestellte Hauptklage nicht den ganzen Anspruch betrifft, zu dessen Geltendmachung provocirt worden ist, hat der Provocationsproceß seinen Fortgang wegen des Rests. Vergl. oben §. 105 bei not. 4.

[3] Vergl. oben §. 105 bei not. 9 fg.

weite Klage abweisenden Erkenntnisse ewiges Stillschweigen auferlegt[4]. Bringt der Provocat seine Hauptklage im Provocationsprocesse selbst an[5], so steht es zwar dem Provocanten frei, sich darauf sofort einzulassen. Ist aber diese Einlassung nicht erfolgt, so kann der Provocant deßhalb nicht contumacirt werden, da er zur Einlassung auf die Hauptklage nicht peremtorisch vorgeladen war. Vielmehr muß der Richter in solchem Falle die Parteien, nach Maßgabe der für den Hauptproceß geltenden allgemeinen Grundsätze und unter Gestattung der im concreten Falle erforderlichen Frist[6] zu einem Verhörstermine vorladen[7]. Die Fortstellung der Hauptsache in den Provocationsacten ist in solchem Falle zuläßig und gewöhnlich, und geht daher dann der Provocationsproceß in den Hauptproceß über[8].

Reicht der Provocat längstens vier Wochen vor dem im Provocationsprocesse angesetzten Verhörstermine unter Einräumung der Diffamation mit seiner Executivklage documenta guarentigiata ein und trägt er dabei zugleich auf Vorladung des Provocanten zu Recognition dieser Urkunden in dem anberaumten Verhörstermine an, so bedarf es weder eines neuen Termins,

---

[4] Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts vom 30. October 1847. G. S. v. 1848. p. 1.

[5] Dieß ist ihm in Sachsen ausdrücklich gestattet. Erl. Pr.-O. V, 5. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 334. vergl. mit P. IV. Obs. 166. Der Eid muß auch hier sofort bei Geltendmachung des Hauptanspruchs angetragen werden, widrigenfalls der Provocat dieses Beweismittels verlustig wird. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 11. Ejusdem Elect. Proc. Prov. §. 41 fg. und oben not. 1. Ueber die Unzweckmäßigkeit einer solchen Vermischung des Provocationsprocesses mit dem Hauptprocesse kann kein Zweifel sein. A. M. ist Volkmann l. l. §. 280. not. n. pag. 345. Nach gemeinem Rechte ist sie unzuläßig. Vergl. v. Bayer l. l. Martin Lehrbuch §. 256. Mittermaier l. l. p. 274 fg.

[6] Also z. B. in geringfügigen Rechtssachen unter Gestattung von 14 Tagen bis 3 Wochen. Vergl. oben §. 77.

[7] Biener l. l. §. 303. Vergl. dagegen Schweitzer l. l. §. 10. p. 148 fg.

[8] Biener l. l. Schweitzer l. l. Ist die Hauptklage eine Bagatellklage, so kommt Alles darauf an, ob die den Grundsätzen des Gesetzes vom 16. Mai 1839 entsprechende Geringfügigkeit des Gegenstands schon aus der Provocationsklage hervorgeht, oder doch im Verhörstermine sich herausgestellt hat. In diesen Fällen ist über den im Termine selbst geltend gemachten Hauptanspruch sofort in diesem Termine nach Maßgabe des Bagatellgesetzes zu verhandeln und nach Befinden zu entscheiden. Stellt sich dagegen die Bagatellmäßigkeit des im Provocationsprocesse selbst geltend gemachten Hauptanspruchs erst später im Laufe des Verfahrens heraus, so wird erst im Bescheide die Beobachtung der Regeln des Bagatellprocesses vorgeschrieben. Vergl. oben §. 73 bei not. 15 fg. und §. 74 nach not. 18. S. auch Volkmann l. l. §. 281. not. i. pag. 349 fg.

noch eines besonderen Processes, und ist sodann der Provocant, nachdem er zu dem anberaumten Verhörstermine sub poena recogniti nochmals vorgeladen worden, nach Maßgabe der im Urkundenprocesse geltenden Grundsätze verpflichtet, in dem anberaumten Verhörstermine die vom Provocaten producirten Urkunden zu recognosciren[9]. Daß dem Provocanten in solchem Falle die Widerklage nicht abgeschnitten werden könne, unterliegt keinem Zweifel[10].

§. 107.

Von den Folgen der Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen.

Macht sich der rechtskräftig zum ewigen Stillschweigen verurtheilte Provocat später abermals einer Diffamation in Betreff des nämlichen Anspruchs[1] schuldig, so bedarf es keiner abermaligen Provocation. Vielmehr wird derselbe nach vorgängiger summarischer Bescheinigung der abermaligen Diffamation ganz ebenso gestraft, wie jeder Andere, welcher einem rechtskräftigen

---

[9] Erl. Pr.-O. V, 6. Griebner Discurs zur Erl. Pr.-O. V, 6. s. v. „zu recognosciren." Berger Oec. Jur. l. l. Th. 1. not. 10. Schweitzer l. l. §. 5. p. 132. Kori Summ. Pr. §. 140. p. 264. Hierdurch wird der Provocationsproceß in den Hauptproceß verwandelt. Kori l. l.

[10] Biener l. l. §. 303. Vergl. Kori l. l.

[1] Hier ist nach dem oben §. 100 bei not. 14. und §. 103. not. 2. Gesagten zu unterscheiden, ob der Diffamant auf einen bestimmten Klaggrund sich bezogen hatte, oder nicht. Im ersteren Falle, wo auch die Provocationsklage lediglich die Aufforderung zu Anstellung der Hauptklage aus dem bestimmten Klaggrunde enthält und enthalten darf, auf welchen der Diffamant sich bezogen hat, wird der Provocat an Geltendmachung seines Anspruchs aus einem anderen Klaggrunde durch die rechtskräftige Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen nicht verhindert. Im letzteren Falle dagegen, wo die Provocationsklage ganz allgemein auf Geltendmachung des Anspruchs gerichtet war, weil der Provocat auf einen bestimmten Klaggrund sich nicht bezogen hatte, war es Sache des Provocaten, alle Klaggründe, auf denen der gerühmte Anspruch beruht, innerhalb der ihm dazu gestatteten Frist gleichzeitig geltend zu machen und ist daher in solchem Falle nach rechtskräftiger Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen die Geltendmachung des nämlichen Anspruchs aus neuen Thatsachen gänzlich ausgeschlossen. Zu weit geht Volkmann l. l. §. 282. not. g., wenn er behauptet, der Provocant könne den Diffamanten zu gleichzeitiger Geltendmachung aller Klaggründe ohne Unterschied und also auch dann nöthigen, wenn er in der Diffamation auf einen bestimmten Klaggrund Bezug genommen hatte. Denn die von der allgemeinen Regel, daß Niemand zum Klagen gezwungen werde, beim Provocationsprocesse geltende Ausnahme darf nicht ausgedehnt werden. Beim Diffamationsprocesse ist diese Ausnahme auf den Fall der erfolgten Diffamation und demnach auch auf den Umfang dieser Diffamation beschränkt. Vergl. noch Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis I, 51.

Verbote zuwiderhandelt [2]. Die rechtskräftige Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen hat übrigens die Folge, daß der Verurtheilte den Anspruch, dessen er sich gerühmt hat, weder in Form einer Klage, noch einer Ausflucht und zwar weder bei dem Provocationsgerichte, noch bei einem anderen Gerichte geltend machen kann [3]. Ebensowenig ist dieß seinen Erben und Singularsuccessoren gestattet [4].

Siebenzehntes Capitel.

Vom Verfahren im provocatorischen Processe ex lege „Si contendat."

§. 108.

Von der Provocationsklage ex lege „Si contendat" *.

Die Provocationsklage ex lege „Si contendat" wird bei dem Richter der künftigen Hauptklage angestellt [1]. In dem ge-

---

[2] Glück Comm. VI. §. 533a. p. 496. Schweitzer Provocationsproceß §. 9. p. 147. Biener Syst. §. 303. Vergl. Executionsgesetz vom 28. Februar 1838. §. 81. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 371. Rühmt sich dagegen der zum ewigen Stillschweigen verurtheilte Provocat später desselben Anspruchs aus einem anderen oder später entstandenen Grunde, so wird neue Provocation nöthig. Kori Summ. Pr. §. 138. p. 262.

[3] Glück l. l. Berger El. Proc. Prov. §. 42. Schweitzer l. l. p. 144 fg. Biener l. l. §. 303. Vergl. hierüber oben not. 1. Rescissorische Klage ist gegen die Verurtheilung zum ewigen Stillschweigen ebenso zulässig, wie gegen andere Erkenntnisse. Die bloße Bezugnahme auf neue in dem vorigen Processe noch nicht zur Erwägung gekommene Thatsachen genügt dazu nicht, sondern es müssen diese Thatsachen erheblich, auch der zu Restituirende an der Geltendmachung dieser Thatsachen durch äußere Umstände ohne eigenes Verschulden behindert worden sein. So hat sich das Ober-App.-Gericht 1847 ausgesprochen. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 345 fg.

[4] Schweitzer l. l. p. 146. Biener l. l. am Ende. In Sachen des Stadtraths zu Freiberg c. Müller 1841 hat das Ober-Appell.-Gericht ausgesprochen, daß die Wirkung des im Provocationsprocesse auferlegten Stillschweigens auch dessen Singularsuccessor binde, insofern er als solcher, qui causam a condemnato habet, den von seinem auctor erhobenen Anspruch erneuern wolle. Mit Strafe können die Erben und Singularsuccessoren dann nicht sofort belegt werden, wenn sie des Anspruchs, wegen dessen ihr Erblasser oder Auctor zum ewigen Stillschweigen verurtheilt worden ist, von Neuem sich berühmen. Einer neuen Klage (actio judicati) wird es aber nicht bedürfen. A. M. ist Volkmann l. l. §. 283. not. i. pag. 360, indem er diese Klage für nöthig hält.

* Claproth Summ. Pr. §. 282 fg. Schweitzer Provocationsproceß §. 11. p. 151 fg. Biener Syst. §. 305. Kori Summ. Pr. §. 143.

[1] S. oben §. 98 bei not. 2.

schichtlichen Theile der Klagschrift muß der Provocant den Anspruch des Provocaten, welchem die sicherzustellende Ausflucht des Provocanten gegenübersteht, sowie diese Ausflucht selbst speciell begründen, zugleich aber anführen, daß der Provocat unterlassen habe, die Klage anzustellen und dabei zeigen, daß bei längerer Verzögerung der Klaganstellung Gefahr des Verlusts seiner Ausflucht drohe[2]. Daß der Provocant den Grund der Hauptklage, welcher die sicherzustellende Ausflucht entgegensteht, ausdrücklich einräume, wird nicht wesentlich erfordert. Vielmehr kann die zu sichernde Ausflucht eine eventuelle sein und die Provocation zu dem Zwecke erhoben werden, die Ausflucht nur für den Fall zu sichern, daß es dem Provocaten im künftigen Hauptprocesse gelingen sollte, den Grund seiner Klage zu beweisen[3]. Das Klaggesuch geht dahin, einen Verhörstermin anzuberaumen, den Provocaten dazu, sowie zur Erklärung über die sicherzustellende Ausflucht[4] und zu Anerkennung derselben unter den gesetzlichen Verwarnungen vorzuladen und denselben im Erkenntnisse seiner Einwendungen gegen die Ausflucht[5] für verlustig, auch diese Ausflucht für eine immerwährende zu erklären[6]. Ist vom Pro-

---

2 Danz Summ. Proc. §. 87. Ausg. II. Schweitzer l. l. §. 3. p. 123. Biener l. l. Kori Summ. Pr. §. 143. Nach Befinden bedarf es wohl auch einer besonderen Deduction der Zulässigkeit dieser Proceßart. Glück Comm. VI. §. 533 b. p. 508. Vergl. hierzu oben §. 101. not. 6.

3 Vergl. oben §. 99. not. 8. Glück l. l. p. 503. Claproth l. l. §. 286. Martin Lehrbuch §. 257. v. Bayer Summ. Pr. §. 61. not. 2. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Pr. ꝛc. IV. §. VIII. p. 284 fg. A. M. sind Schweitzer l. l. §. 12. p. 67. Biener l. l. §. 300. Der Grund, welchen Schweitzer l. l. für seine Ansicht anführt, daß über Ausflüchte nicht erkannt werden könne, wenn der Grund der Klage zweifelhaft geblieben sei, steht der im Texte aufgestellten Ansicht nicht entgegen. Allerdings kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Provocant den Provocaten nach der Natur dieser Provocationsart zur Anstellung und zum Beweise der geläugneten Hauptklage nicht nöthigen könne — siehe oben §. 101. not. 6. Dadurch wird aber das Recht des Provocanten nicht ausgeschlossen, die ihm eventuell, also für den Fall der Anstellung und des Beweises der Hauptklage zustehende Ausflucht, deren Verlust droht, eventuell sicher zu stellen. Denn durch den Gerichtsbrauch, welchem der Provocationsproceß seine Entstehung verdankt, konnte der Eventualmaxime kein Abbruch geschehen. Auch enthalten weder die Reichsgesetze, noch die Sächsischen Gesetze eine Bestimmung, aus welcher das Gegentheil sich folgern ließe.

4 Vergl. oben §. 101. not. 6.

5 Also auch seiner wirklichen Repliken, soweit sie der sicherzustellenden Ausflucht entgegenstehen. Erl. Pr.-O. V, 7. Wernher Obs. For. P. II. Obs. 487. P. X. Obs. 315. Martin Lehrbuch §. 257.

6 Erl. Pr.-O. l. l. Wernher l. l. P. X. Obs. 315. Schweitzer l. l. §. 16. p. 82. Biener l. l. §. 305. Kori l. l. §. 143. p. 269. Glück l. l.

vocanten fälschlich zugleich auf ewiges Stillschweigen libellirt worden, so ist die Provocation deßhalb nicht zu verwerfen, jedoch bei Abfassung des Erkenntnisses blos dasjenige zu attendiren, was sich nach Beschaffenheit des Provocationsprocesses ex lege „Si contendat“ gebührt[7]. Die sofortige Beibringung der Beweismittel in der Klagschrift ist zwar gestattet, jedoch nicht nothwendig[8], Eidesantrag aber hier zulässig[9], und wenn sich der Provocant dieses Beweismittels zum Beweise des factischen Grunds seiner Provocationsklage bedienen will, in dieser Klagschrift selbst aufzunehmen[10]. Auch kann der Provocant in Form des Urkundenprocesses provociren[11]. Der Unkosten halber braucht der Provocant nach dem Gerichtsbrauche nicht zu caviren[12].

§. 109.

Ladung, Verhörstermin, Verfahren und Entscheidung im Provocationsprocesse ex lege „Si contendat.“

Die erste Ladung ist auch hier dilatorisch[1]. Eine Sächsische Frist braucht dieselbe nicht zu enthalten[2]. Die Parteien werden bei 5 Thlr. Strafe[3] aufgefordert, in dem anberaumten Termine

---

§. 533b. p. 503. A. M. sind v. Bayer l. l. §. 61. not. 5. Mittermaier l. l. p. 280 fg.

[7] Erl. Pr.-O. V, 5. Schweitzer l. l. §. 3. p. 124 fg. vergl. mit §. 16. p. 83. Vergl. noch Wernher l. l. P. II. Obs. 487. und oben §. 99 bei not. 12.

[8] v. Bayer l. l. §. 61. not. 3. Schweitzer l. l. §. 3. p. 125. Biener l. l. §. 305. Kori l. l. §. 143. p. 271.

[9] Glück l. l. §. 533b. p. 508. Schweitzer l. l. §. 3. p. 125. Biener l. l. §. 305.

[10] Hier gelten also die allgemeinen Grundsätze. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 217.

[11] Kori l. l. §. 143. p. 271.

[12] Berger Oec. Jur. IV, 19. Th. 2. not. 2. Hommel Rhaps. Obs. 14. Schweitzer l. l. §. 4. p. 127. Pfotenhauer Doctr. Process. §. 214. not. *. Biener l. l. §. 48. Kori l. l. §. 137. p. 257. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 220 bei not. 18. Vergl. indeß Ackermann in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 10. p. 209.

[1] Erl. Pr.-O. V, 7. Griebners Discurs zur Erl. Pr.-O. V, 6. s. v. „erstrecken“ p. 98. und V, 7. s. v. „zu erkennen“ p. 100. Biener Syst. §. 305. Kori Summ. Pr. §. 143.

[2] Erl. Pr.-O. IV, 1. vergl. mit V, 7.

[3] Biener l. l. §. 305. vergl. mit §. 302. not. 2. Mit Unrecht hält dieß Griebner l. l. zu V, 6. s. v. „erstrecken“ für unzulässig.

zu erscheinen, dem Provocaten aber aufgegeben, auf die Provocationsklage sich zu erklären und die zum Beweise etwa beigebrachten Urkunden zu recognosciren. Im Falle des Ungehorsams der Parteien oder einer derselben, gelten die nämlichen Grundsätze, wie im Diffamationsprocesse[4]. Bleibt nur der Provocat im ersten Termine ungehorsam aus, oder giebt er seine Erklärung über die Provocationsklage oder über die derselben beigelegten Urkunden nicht ab, so wird auf Provocantens wiederholten Antrag ein anderweiter Verhörstermin anberaumt[5], und zwar diesmal der Provocat unter Einräumung einer vollen Sächsischen Frist[6] zum Erscheinen im Termine und zur Einlassung auf die Provocationsklage, sowie zu Recognition der nach Befinden beigelegten Urkunden[7] unter der Verwarnung vorgeladen, daß er des Grunds der Provocationsklage für geständig und überführt, und die der Klage etwa beigelegten Urkunden für recognoscirt geachtet, er auch der ihm zustehenden Repliken für verlustig und die von dem Provocanten geltend gemachte Ausflucht für eine immerwährende erklärt werden würde[8]. Wird der Provocat in diesem anderweiten Verhörstermine abermals ungehorsam, so treten die der Ladung beigefügten Verwarnungen in Kraft und die vom Provocanten geltend gemachte Ausflucht wird im Erkenntnisse für eine immerwährende, der Provocat aber seiner Replik für verlustig erklärt[9]. Indeß kann sich der Provocat von seiner Verbindlichkeit zum Erscheinen dadurch befreien, daß er vor dem Termine die Hauptklage erhebt, in welchem Falle der Provoca-

---

[4] Vergl. oben §. 104.

[5] Eines Erkenntnisses bedarf es hierzu nicht, wie dieß Volkmann l. l. §. 285 bei not. d. pag. 365 anzunehmen scheint.

[6] Erl. Pr.-O. IV, 1. Schweitzer Provocationsproceß §. 4. p. 129.

[7] Dieses Präjudiz ist zwar in der Erl. Pr.-O. V, 7. nicht erwähnt, ist aber in jedem Falle und zwar sowohl in Verbindung mit der poena confessi et convicti, als ohne diese zulässig. Biener l. l. §. 305.

[8] Erl. Pr.-O. V, 7. u. X, 2. Berger Oec. Jur. IV, 32. Th. 1. not. 14. Biener l. l. Vergl. Schweitzer Provocationsproceß §. 4. p. 129 fg. welcher pag. 130 behauptet, der Richter dürfe den Provocaten nicht bei Verlust seiner Replik citiren. Dieß ist aber in der Erl. Pr.-O. V, 7. ausdrücklich vorgeschrieben und kann daher der Richter nicht berechtigt sein, diese Verwarnung aus rein theoretischen Gründen, welche noch überdieß bestritten und nach der richtigeren Ansicht unhaltbar sind — s. oben §. 101. not. 6 — eigenmächtig wegzulassen.

[9] Erl. Pr.-O. V, 7. u. X, 2. Ueber die Folgen dieser Verurtheilung s. unten nach not. 26.

tionsproceß sofort erlischt[10]. Verneinend darf sich in diesem Hauptprocesse der Provocant nur dann einlassen, wenn er in seiner Provocationsklage den Grund der Hauptklage in Abrede gestellt hat. Indeß stehen ihm außer denjenigen Ausflüchten, um deren Sicherstellung er in der Provocationsklage gebeten hat, auch andere Ausflüchte offen[11]. Sind beide Parteien im Verhörstermine gehörig erschienen, so hat der Provocat sowohl über den ihm zustehenden Anspruch, als über die Ausflucht des Provocanten sich zu erklären und nach Befinden die vom Provocanten beigebrachten Privaturkunden zu recognosciren oder zu diffitiren. Geht die Erklärung des Provocaten dahin, daß ihm der Anspruch, welchem die sicherzustellende Ausflucht gegenübersteht, gar nicht zugestanden habe, so wird der Provocant unter Auferlegung der Proceßkosten abgewiesen, Provocat aber bei seiner Erklärung gehalten[12]. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Provocat erklärt, daß ihm das Recht gegen den Provocanten allerdings zugestanden habe, dabei aber den Grund der vom Provocanten geltend gemachten Ausflucht einfach einräumt[13]. Läugnet dagegen der Provocat den Grund dieser Ausflucht, oder schützt er unter Einräumung derselben eine peremtorische Replik vor, welche Provocant läugnet oder durch Dupliken zu entkräften sucht, so wird der Provocationsproceß in Form des ordentlichen[14] Processes fortgesetzt[15] und im ersten Erkenntnisse entweder sofort

---

10 Dieß unterliegt keinem Zweifel, da der Provocat wenigstens nicht gezwungen werden kann, den Provocationsproceß als Hauptproceß fortzusetzen, also die vom Provocanten suppeditirte Hauptklage zu seiner eigenen zu machen und als solche anzuerkennen. S. oben §. 101. not. 6. Vergl. Schweitzer l. l. §. 11. p. 152.

11 Vergl. darüber oben §. 101. not. 6.

12 Schweitzer l. l. §. 12. p. 157. Biener l. l. Kori Summ. Pr. §. 143. p. 271.

13 Biener l. l.

14 Ist der Gegenstand geringfügig, oder muß sonst der Hauptproceß in Form des summarischen Processes verhandelt werden, so wird natürlich summarisch verfahren. Schweitzer l. l. §. 11. p. 154.

15 Dabei ist aber wohl zu berücksichtigen, daß dieser in Form des ordentlichen Processes fortgesetzte Proceß mit dem Hauptprocesse keineswegs identisch ist, vielmehr die Natur des Provocationsprocesses beibehält, es müßten denn die Parteien darüber, daß der Provocationsproceß in den Hauptproceß sofort übergehen solle, einverstanden sein. Denn auch in diesem fortgesetzten ordentlichen Processe kann eine Lossprechung des Provocanten in der Hauptsache in der Regel ebensowenig erfolgen, als eine Verurtheilung desselben in der Hauptsache, da weder der Sieg des Provocaten andere Ausflüchte, als die in der Provocationsklage geltend gemachten ausschließt, noch der Sieg des Provocanten für

definitiv und zwar abweisend[16], lossprechend[17], oder verurtheilend[18], oder wenn sich die Sache sonst dazu eignet, interlocutorisch erkannt, und im letzteren Falle entweder dem Provocanten der Beweis der Ausflucht, um deren Sicherstellung er gebeten, oder auch dem Provocaten der Beweis seiner Repliken gegen diese Ausflucht auferlegt[19]. Kommt im Verhörstermine ein Vergleich nicht zu Stande[20], so werden die Parteien zum rechtlichen Verfahren verwiesen, in welchem nicht bloß über die Frage, ob die Provocation zulässig sei[21], sondern auch darüber gestritten wird, ob dem Provocanten die Ausflucht, um deren Sicherstellung er gebeten hat, oder dem Provocaten die von ihm dagegen geltend gemachte Replik wirklich zustehe, oder nicht. Dieser Provocationsproceß betrifft daher namentlich auch die dem künftigen Hauptprocesse angehörige Frage, ob die vom Provocanten geltend gemachte Ausflucht, deren Verlust drohte, an sich begründet und wahr sei, oder durch Repliken entkräftet werde oder nicht, hat aber nichtsdestoweniger die Natur eines nur präparatorischen Rechtsstreits, da die den Parteien zu Gebote stehenden Mittel zur Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung durch diesen Proceß keineswegs in ihrem ganzen Umfange erschöpft werden, und der Provocant auch im günstigsten Falle nicht totale Befreiung von dem Anspruche des Provocaten, sondern nur Sicherstellung der von ihm geltend gemachten Ausflucht erlangt, demnach aber einestheils dem Provocaten das Recht, seinen Anspruch trotz der erfolgten Sicherstellung der Ausflucht mittelst besonderer Klage

---

den Provocaten die Möglichkeit aufhebt, die Hauptklage später noch anzustellen. Vergl. oben §. 101. not. 6. u. unten bei not. 27. Dieß wird gewöhnlich übersehen. Vergl. Schweitzer l. l. §. 11. p. 151 fg. u. p. 153.

[16] Dieß dann, wenn der Provocationsklage dilatorische Einreden im Wege stehen. S. unten not. 21.

[17] S. unten bei not. 26.

[18] S. unten bei not. 25.

[19] Auf Beweis des vom Provocanten geläugneten Hauptanspruchs kann nur dann erkannt werden, wenn die Parteien darüber, daß der Provocationsproceß sofort in den Hauptproceß übergehen solle, einverstanden sind. In den meisten Fällen wird es eines Beweises dieses Hauptanspruchs aus dem Grunde nicht bedürfen, weil der Provocant denselben in der Provocationsklage eingeräumt haben wird. Vergl. oben §. 99. not. 8. u. §. 108. not. 3, sowie §. 101. not. 6.

[20] Dieser Vergleichsversuch wird zweckmäßig auch auf den Hauptanspruch des Provocaten erstreckt.

[21] Dilatorische Einreden sind daher zulässig. Vergl. oben §. 104 bei not. 26.

geltend zu machen, zwar nach Befinden factisch, keineswegs aber rechtlich verloren geht, anderntheils dem Provocanten andere Ausflüchte, welche den Anspruch des Provocaten entkräften, im späteren Hauptprocesse auch dann nicht abgeschnitten werden können, wenn er im Provocationsprocesse unterlag[22]. Sogar in dem Falle, wenn der Provocant in der Provocationsklage den Anspruch des Provocaten läugnete und auf Sicherstellung der ihm dagegen zu Gebote stehenden Ausflucht lediglich zu dem Zwecke antrug, um sich dieser Ausflucht eventuell bedienen zu können, wie ihm dieß allerdings freisteht[23], ist es wenigstens nicht nothwendig, daß das Provocationsverfahren in den Hauptproceß übergehe, da sich auch in diesem Falle nach dem Zwecke des Provocationsprocesses die Parteien darauf beschränken können, die Frage zu erörtern, ob die vom Provocanten geltend gemachte Ausflucht sichergestellt werden dürfe, oder nicht. Es ist daher keineswegs richtig, wenn behauptet wird, daß der Provocationsproceß ex lege „Si contendat" in der Regel in den Hauptproceß übergehe und daß daher gewöhnlich sofort in der Hauptsache erkannt werden müsse. Vielmehr ist dieß nur ausnahmsweise dann der Fall, wenn die Parteien dahin ausdrücklich einverstanden sich erklärt haben[24]. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch im Beweisinterlocute das Beweisthema zu bestimmen. Nach abgesetztem Beweisverfahren wird nach Umständen entweder die vom Provocanten bewiesene oder vom Provocaten eingeräumte Ausflucht für eine immerwährende und Provocat seiner Repliken dagegen für verlustig erklärt[25], oder falls der Beweis der Ausflucht nicht geführt wurde oder die Replik vom Provocaten bewiesen worden ist, der Provocat losgesprochen[26], die Anstellung der Hauptklage von Seiten des Provocaten aber, sowie die Vorschützung anderer Ausflüchte des Provocanten durch diese Endentscheidung nur dann abgeschnitten, wenn der Provocationsproceß in Folge ausdrücklicher Vereinigung der Parteien in den Hauptproceß überge-

---

22 Vergl. oben not. 15. u. §. 101. not. 6.

23 Vergl. oben §. 99. not. 8. u. §. 108. not. 3.

24 Vergl. Biener l. l. §. 305 am Ende, oben not. 15. u. §. 101. not. 6.

25 Erl. Pr.-O. V, 7.

26 Abgewiesen kann hier in der Regel nicht mehr werden. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 301.

gangen war[27]. Die Abweisung des Provocanten im ersten Erkenntnisse kann ebensowohl schlechterdings als angebrachtermaaßen erfolgen. Erhebt der Provocat während des Provocationsprocesses die Hauptklage, so erlischt der Provocationsproceß, da der Zweck dieses Processes, die Sicherstellung der Ausflucht, in solchem Falle wegfällt und es dem Provocanten unbenommen bleibt, diese Ausflucht gleichzeitig mit den übrigen ihm zu Gebote stehenden Ausflüchten in dem anhängig gewordenen Hauptprocesse geltend zu machen[28]. Einer Wiederaufnahme des Provocationsprocesses bedarf es hier nur dann, wenn der Provocat auf die von ihm angestellte Hauptklage verzichtet, ohne zugleich eine neue Klage einzureichen. Die Verzichtleistung des Provocaten auf seinen Anspruch macht die Sicherstellung der Ausflucht in allen Fällen überflüssig. Uebrigens ist die Anstellung der Provocationsklage ex lege „Si contendat“ in der Regel nicht und nur dann rathsam, wenn andere Mittel, die Ausflüchte des Beklagten zu sichern, gar nicht zu Gebot stehen[29].

---

[27] S. oben not. 19. u. bei not. 22. u. §. 101. not. 6. Biener l. l. §. 305 am Ende. Ganz falsch ist es, wenn Kori Summ. Pr. §. 143. p. 271 u. 272 behauptet, es sei dem Provocaten die Anstellung der Hauptklage binnen Sächsischer Frist im Erkenntnisse aufzugeben.

[28] Vergl. oben §. 98 bei not. 14. Dasselbe gilt, wenn der Provocationsproceß unter Einverständniß der Parteien sofort in den Hauptproceß übergeht. Das Enderkenntniß im Hauptprocesse betrifft auch die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung im vorausgegangenen Provocationsprocesse. Kori Summ. Pr. §. 143. p. 272.

[29] Dieß schon deßhalb, weil eine definitive Sicherung des Provocanten gegen den Anspruch des Provocaten dadurch nicht erzielt wird, und eine Nöthigung des Provocaten zu Geltendmachung des Anspruchs nicht eintritt, das Mittel aber, dessen sich der Provocant hier bedient, um seine Ausflucht zu sichern, mit vielen Weiterungen und Unkosten verknüpft ist, welche fast immer durch Einschlagung eines anderen Wegs vermieden werden können.

Fünfte Abtheilung.

Vom Edictalprocesse.

Achtzehntes Capitel.

Vom Edictalprocesse im Allgemeinen.

§. 110.

Von den Edictalladungen und deren Zuläſſigkeit im Allgemeinen.

Unter Edictalladung, litterae patentes s. edictales, proclama[1], versteht man im Allgemeinen diejenige schriftliche Ladung, welche nicht behändigt, sondern öffentlich bekannt gemacht wird, damit sie zur Kenntniß der Betheiligten[2] gelangen kann[3].

---

[1] Die Edictalladung ist deutschrechtlichen Ursprungs. Indeß findet man Spuren derselben in fr. 73. Dig. de jud. V, 1. Fr. 53. §. 1. Dig. de re jud. XLII, 1. Fr. 1. §. 2. Dig. de requir. vel abs. damn. XLVIII, 17. Const. 8. Cod. Quomodo et quando judex VII, 43. Const. 6. Cod. de remissione pignoris VIII, 26. Novell. 112. cap. 3. Cap. 10. X. de dolo et contum. II, 14. Cap. 11. X. de clericis non resid. III, 4. Clem. 1. de jud. II, 1. Clem. un. de foro comp. II, 2. Das deutsche Recht — s. Notariats-Ordnung v. 1512. Tit. II. §. 1. Landfriede v. 1548. Tit. 14. §. 1. Rchs-Camm.-Ger.-Ordnung v. 1555. I, 38. §. 19 — läßt die Fälle, in denen Edictalladung erlassen werden könne, unbestimmt. Auch fehlt es an allen näheren Bestimmungen über den Eintritt von Präjudizien. Daher blieb die nähere Ausbildung der Lehre von den Edictalladungen den Particulargesetzgebungen überlassen. In Sachsen ist dieß namentlich geschehen durch Mandat, die Edictalcitationen in Civilsachen, außerhalb des concursus creditorum betreffend v. 13. Novbr. 1779. C. II. C. A. I. p. 367 fg. in der Oberlausitz bekannt gemacht durch Ober-Amts-Patent v. 16. Juni 1780. C. II. C. A. III. p. 164 fg. und Mandat, die Verkürzung der curae absentium und deren Vermögensadministration betreffend v. 13. Novbr. 1779. C. II. C. A. I. p. 371. in der Ober-Lausitz bekannt gemacht durch Ober-Amts-Patent v. 4. Januar 1780. C. II. C. A. III. p. 157. durch Erl. Pr.-O. XLI. und durch das geschärfte Banquerontiermandat v. 20. December 1766. C. C. A. I. p. 921 fg. sowie durch das Gesetz v. 27. October 1834. sub III. Hering Diss. de causis citationis edictalis, Vitemb. 1791. v. Trützschler, Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurse der Gläubiger Aufl. II. Leipzig 1802. Nibler, über die Edictalcitationen in Gegenständen des Civilrechts, Straubing 1817. Haase über Edictalladungen und Edictalproceß außerhalb des Concurses, Leipzig 1817. Mehlen Summ. Pr. §. 93. v. Gönner Handbuch IV, 73. §. 13. p. 79. Ad. Martin in Chr. Martins Jahrbüchern f. Gesetzg. u. Rechtspflege in Sachsen II. p. 86 fg. Biener Syst. §. 273 fg. Kori Summ. Pr. §. 144 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 101.

[2] Mögen diese Kläger oder Beklagte sein. Vergl. unten bei not. 13 und 14.

[3] Kind Quaest. For. I, 65. Biener l. l. §. 273. Haase l. l. pag. 1.

Da in der Regel jede Ladung den Betheiligten persönlich behändigt werden muß[4], so gehört die Edictalladung zu den außerordentlichen Ladungen[5]. Dieselbe ist nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn die Behändigung der Ladung nicht geschehen kann[6]. Dieß ist in drei Fällen möglich[7], weil entweder ganz unbekannt ist, wer die Betheiligten seien, oder doch, ob außer den bekannten nicht noch andere unbekannte Betheiligte existiren[8], oder weil man zwar die Betheiligten, nicht aber auch ihren Aufenthaltsort kennt[9], oder endlich weil zwar auch dieser Aufenthaltsort bekannt ist, die Behändigung der Ladung aber aus anderen Gründen nicht geschehen kann[10]. Auf diese drei Fälle ist die Zulässigkeit der

---

4 Hommel Rhaps. Obs. 106 u. 585. Haase l. l. p. 9. Kind l. l. I, 65. p. 427. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 101 u. 103 fg.

5 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 101.

6 Dieß schon deshalb, weil es in der Regel unangenehm und nach Befinden dem Credit nachtheilig ist, in den Zeitungen vorgeladen zu werden. Der Richter kann daher, wenn er ohne genügenden Grund Edictalien erläßt, straffällig werden. Mevius Decis. VIII, 415. I, 253. Leyser Med. ad Pand. Sp. 32. med. 7. Hering Diss. laud. §. 6. p. 60. v. Grolman Theorie §. 129. Haase l. l. p. 9 u. 28. Ohne hinreichenden Grund erlassene Edictalladungen werden auf Verlangen des Betheiligten für ungültig erklärt. Hering l. l. §. 3. Kann aber die Behändigung nicht geschehen, so sind Edictalladungen des öffentlichen Credits halber unentbehrlich. Haase l. l. p. 30.

7 Glück Comm. III. §. 223. p. 355 fg. Haase l. l. p. 11 fg. Biener l. l. §. 273. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 124. Höpfner Beiträge zur civilg. Praxis I, 13. p. 74 fg.

8 z. B. wegen Cassation alter Hypotheken, wegen unbekannter Gläubiger einer Erbschaft oder einer Creditmasse, wegen Ermittelung der Interessenten an einem gerichtlichen Depositum, einem Fideicommisse, oder Lehnsquantum, oder wegen unbekannter Erben oder verloren gegangener Staatspapiere ꝛc. Diese Ladung ist immer allgemein, wenn auch gleichzeitig mit der öffentlichen eine Privatladung an die bekannten Interessenten ergeht. Auch ergeht sie in allen Fällen an die künftigen Kläger und ist dieselbe also provocatorischer Natur. Vergl. Haase l. l. p. 13. not. 46. Glück l. l. §. 223. p. 356 fg.

9 z. B. wegen verschollener Abwesender, wegen entwichener Ehegatten im Desertionsprocesse. Leyser l. l. Sp. 32. med. 5. Haase l. l. p. 11 fg. Glück l. l. §. 223. p. 358. Vergl. Höpfner Beiträge zur civilger. Praxis I, 13. p. 74 fg. Diese Edictalladungen enthalten den Namen der Vorzuladenden und sind daher speciell.

10 Dieß gilt 1) in dem Falle, wenn der Vorzuladende die Behändigung der Privatladung entweder unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht, — Cap. 10. X. de dolo et contum. II, 14. Clem. 1. de jud. II, 1. Hering Diss. laud. p. 53. Haase l. l. p. 12. Glück l. l. III. §. 223. p. 359. — und 2) in dem Falle, wenn der Richter, welchem der Vorzuladende persönlich unterworfen ist, ungeachtet vorausgegangener gehöriger Requisition die Behändigung ohne rechtmäßigen Grund verweigert und die bei dessen Vorgesetzten deshalb geführte Beschwerde ohne Erfolg bleibt. Zweckmäßig muß der Richter hier zuvörderst nochmals requiriren und mit Edictalladung ausdrücklich drohen. Hering Diss. laud. §. 6. p. 57. Glück Comm. III. §. 223. p. 360. Diese Edictalladung kommt namentlich auch dann vor, wenn die persönliche Anwesenheit

Edictalladung schlechterdings zu beschränken[11] und mit Erlassung einer solchen Ladung aus bloßer Bequemlichkeit niemals zu verfahren[12]. In einer anderen Beziehung ist zwischen denjenigen Edictalladungen zu unterscheiden, in welchen die Betheiligten zu Verfolgung ihrer Rechte und denjenigen, in welchen dieselben zur Vertheidigung gegen erhobene Ansprüche aufgefordert werden. Im ersteren Falle sind die Edictalladungen als öffentliche Provocationen anzusehen, welche entweder von Amtswegen oder auf Antrag eines Betheiligten erlassen werden[13], im letzteren treten sie an die Stelle der Privatladungen und weichen von diesen nur hinsichtlich der Form ab, in welcher sie zur Kenntniß der Betheiligten gebracht werden[14]. Hegt der Richter Zweifel, ob Edictal-

---

einer Partei erfordert wird, der Sachwalter derselben aber ihren Aufenthaltsort nicht kennt. So gilt dieß unter Anderen dann, wenn der Abwesende schwören soll, der etwa bestellte Abwesenheitsvormund aber den Eid nicht leisten will. Vergl. fr. 28. pr. Dig. ex quibus causis majores 25 ann. in int. rest. IV, 6. Erl. Pr.-O. XVIII, 4. Kind Quaest. For. III, 71. p. 328 fg. Haase l. l. p. 13. not. 45. v. Hartitzsch l. l. No. 2. Vergl. überhaupt Carpzov, Jur. For. I, 2. def. 18. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 192 u. Suppl. dazu p. 402. Berger Oec. Jur. IV, 14. Th. 1. not. 5. Leyser Med. ad Pand. Sp. 32. med. 5. Haase l. l. p. 15. Struben Rechtl. Bedenken III, 685. p. 320. Glück l. l. §. 223. p. 359. Ist der Beklagte aus einem hinreichenden Grunde, namentlich in Staatsangelegenheiten abwesend, so darf nicht leicht mit Edictalladung verfahren werden. Haase l. l. p. 10. not. 28. Das canonische Recht — s. cap. 13. de off. et pot. jud. del. in VIto. I, 14. Clem. 3 de elect. I, 3. Clem. 1 de jud. II, 1. Clem. un. de foro comp. II, 2. — rechnet hierher 3) auch den Fall, wenn die Behändigung nicht ohne Gefahr geschehen kann. Indeß ist dieß bloß von dem Falle zu verstehen, wenn der Aufenthaltsort des Vorzuladenden durch diesen selbst unsicher gemacht wird. Vergl. Glück l. l. III. §. 223. p. 360 fg. Hering Diss. laud. §. 6. p. 59. Auch bemerkt Haase l. l. p. 16, daß in dem Falle, wenn die Behändigung der Ladung gefährlich ist, in der Regel die Möglichkeit der Behändigung abzuwarten, also nicht sofort mit Edictalladung zu verfahren sei. Ist das Anheften der Privatladung an die Thüre möglich, so unterbleibt die Edictalladung. Haase l. l. p. 14. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 104. Erl. Pr.-O. IV, 2. Einen eigentlichen Edictalproceß hat diese Ladung niemals zur Folge. S. unten §. 112 bei not. 4.

[11] Vergl. oben not. 6. Im Concurse werden auch die bekannten Gläubiger ausnahmsweise edictaliter geladen. Erl. Pr.-O. XLI, 2.

[12] Hering Diss. laud. §. 6. p. 60. Glück l. l. III. §. 223. p. 361. Haase l. l. p. 17. A. M. ist fälschlich Mevius Decis. VIII, 251. Namentlich darf mit Edictalladung nicht bloß deßhalb verfahren werden, weil der Vorzuladenden viele sind, oder weil dieselben sehr entfernt wohnen.

[13] v. Gönner Handbuch IV, 73. §. 13. p. 79. Hering Diss. laud. §. 3. p. 22. Haase l. l. p. 2 fg.

[14] Ueber die Form dieser Edictalladungen s. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 16. p. 144 fg. wo ausgeführt wird, daß die durch das Mandat v. 13. Novbr. 1779 eingeführte Form der Edictalladungen analog auch hier gelten müsse und daher eine dreifache Sächsische Frist zu gestatten sei. Demnach muß auch der Geladene aufgefordert werden, einen Bevollmächtigten am Ge-

ladung in einem concreten Falle zulässig sei, so kann er, ehe er mit Erlassung derselben verfährt, über ihre Zulässigkeit ein Gutachten von der Spruchbehörde einholen, auch wohl nach abgesetztem Verfahren über diese Frage zuvörderst rechtlich erkennen oder erkennen lassen[15]. Der Richter, welcher die Edictalladung erläßt, muß dazu competent sein. War dieß nicht der Fall, so ist die Ladung nichtig. In der Regel ist derjenige Richter zuständig, welcher zu Erlassung der Privatladung zuständig sein würde, wenn eine solche erlassen werden könnte[16]. Demnach hat derjenige Richter den Vorzug, vor welchen die privilegirte oder eremte Rechtssache gehört, in welcher Edictalladung erlassen werden muß[17]. Liegt ein solches Privilegium oder eine Exemtion der Rechtssache nicht vor, so muß die Edictalladung von demjenigen Richter erlassen werden, dem entweder der Vorzuladende selbst oder derjenige persönlich unterworfen ist, dessen Angelegenheit die Ladung veranlaßt[18]. Auch specielle Gerichtsstände, namentlich der Gerichtsstand der gelegenen Sache, des Arrests, der geführten Verwaltung und des Zusammenhangs der Rechtssachen, können bisweilen zu Erlassung der Edictalladung berechtigen[19]. Sind mehrere Gerichte gleichzeitig competent, so entscheidet nach allgemeinen Grundsätzen die Prävention[20]. Obergerichte können in Immediatsachen zu Erlassung von Edictalladungen Auftrag geben[21]. Die Wirkungen einer erlassenen Edictalladung sind die

---

richtsorte zu bestellen. Vergl. das daselbst angez. Präjudiz des vormaligen Appell.-Gerichts. Natürlich gelten die Bestimmungen des Gesetzes v. 27. Octbr. 1834 auch von diesen Edictalladungen. Ueber die Form der Ladung im Desertionsprocesse s. unten §. 147.

15 Carpzov Proc. Jur. VII, 4. n. 7. Haase l. l. p. 17 fg. Einholung der Instruction von der Oberbehörde wird sich in diesem Falle nach jetzigem Rechte nicht rechtfertigen lassen. Vergl. C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 23. sub 4.

16 Glück l. l. III. §. 223. p. 362. Haase l. l. p. 19 fg.

17 So gehört das Edictalverfahren wegen verloren gegangener Staatspapiere, Talons oder Coupons vor das Bezirksappellationsgericht zu Dresden. S. unten §. 129 bei not. 1.

18 Haase l. l. p. 21 fg.

19 Vergl. überhaupt Kluegel Diss. de judice edictaliter citante, Vitemb. 1791. Haase l. l. p. 18 fg. u. 23 fg. Schott Diss. de citatione edictali in hereditatis absentium ob mortem praesumtam petitione, Lips. 1791. II, 5.

20 Hommel Rhaps. Obs. 617. Haase l. l. p. 22. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 131.

21 C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 8. Siehe jedoch die von Volkmann l. l. §. 287. not. g. pag. 374. hiergegen geltend gemachten Bedenken.

gewöhnlichen[22]. Indeß treten dieselben, da eine Behändigung der Edictalladung nicht stattfindet, nicht mit dieser, sondern mit der öffentlichen Bekanntmachung der Edictalladung ein[23].

§. 111.

Von den einzelnen Fällen, in welchen Edictalladung zulässig ist.

Nach Maßgabe der im vorigen §. angegebenen allgemeinen Grundsätze, kann Edictalladung nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung erlassen werden: a) an die bekannten und unbekannten Gläubiger des Gemeinschuldners im Concursprocesse[1], b) zu Ermittelung der unbekannten Inhaber alter ungelöschter Hypotheken oder Ehestiftungsgebührnisse[2], c) zu Aufhebung solcher durch Subhastation erlöschender Reallasten, welche im Hypothekenbuche nicht eingetragen sind[3], d) zu Ermittelung der unbekannten Gläubiger einer cum beneficio inventarii angetretenen Erbschaft[4], e) zu Ermittelung unbekannter Erben eines Verstorbenen[5], f) zu Ermittelung der unbekannten Interessenten an einem Fideicommisse[6], g) zu Ermittelung derer, welche an Lehnsportionen oder Lehnsquantis Ansprüche haben[7], h) zu Ermittelung der Interessenten an einem gerichtlichen Depositum[8], i) zu Bewirkung eines gerichtlichen Accords[9], k) zum Zwecke der Todeserklärung eines verschollenen Abwesenden[10], l) zum Zwecke der Amortisirung verloren gegangener inländischer Staatspapiere oder anderer au

---

[22] Haase l. l. p. 22. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 223. Ueber die Wirkungen der Nichtbefolgung s. unten §. 113.

[23] Und zwar mit der ersten. Vergl. unten §. 114.

[1] Vergl. Erl. Pr.-O. XLI, 2. Geschärftes Banqueroutiermandat v. 20. December 1766. C. C. A. I. p. 921 fg.

[2] S. unten §. 117.

[3] S. unten §. 118.

[4] S. unten §. 120.

[5] S. unten §. 121. Dahin gehört analog auch der Fall, wenn einzelne Sachen, welche nach einer gewissen Ordnung vererbt werden, vacant sind und es sich darum handelt, zu erfahren, wer der nächste Betheiligte sei und ob solche überhaupt noch existiren. Hering Diss. laud. §. 4. p. 36. Haase Edictalladungen p. 153 fg.

[6] S. unten §. 124.

[7] S. unten §. 125.

[8] S. unten §. 126.

[9] S. unten §. 127.

[10] S. unten §. 122 fg. Die unter b. bis mit k. erwähnten Fälle sind im Mandat v. 13. November 1779 ausdrücklich aufgeführt.

porteur lautender Schuldscheine, deren Talons und Coupons[11], m) zum Zwecke der Amortisirung verloren gegangener Wechsel oder kaufmännischer Anweisungen[12], n) zu Ermittelung des Aufenthaltsorts eines entwichenen Ehegatten[13], o) zu Ermittelung unbekannter Interessenten bei Ablösungen und Gemeinheitstheilungen[14], sowie endlich p) in allen denjenigen Fällen, in welchen die Privatladung nicht behändigt werden kann[15]. Außerdem gehört hierher q) auch der Fall, wenn Grund- und Hypothekenbücher und andere öffentliche Bücher abhanden gekommen sind und es sich darum handelt, dieselben wieder herzustellen[16]. Auch werden r) zu Ermittelung unbekannter Theilhaber an Bergkuren Edictalien erlassen[17]. Endlich war s) bei der Einführung der neuen Grund- und Hypothekenbücher durch das Gesetz vom 6. November 1843 die Erlassung eines öffentlichen Aufrufs der realberechtigten Dritten angeordnet[18]. Ueberhaupt ist die Zahl der Fälle, in welchen Edictalladungen erlassen werden können, gesetzlich nicht geschlossen und muß daher die Frage, ob im concreten Falle Edictalladung zulässig sei, lediglich nach den im vorigen §. angegebenen Grundsätzen entschieden werden[19]. Von der Edictalladung im Concursprocesse muß in der Lehre von dieser Proceßart die Rede sein. Die Eigenthümlichkeiten der Edictalladung im Desertionsprocesse werden in der Lehre vom Eheprocesse angeführt werden[20]. Von den übrigen Arten der Edictalladungen wird in diesem und dem nächstfolgenden Capitel das Nöthige gesagt werden.

---

[11] S. unten §. 128 fg.

[12] S. unten §. 129 b.

[13] S. unten §. 147.

[14] Gesetz v. 17. März 1832. §. 257. vergl. mit §. 243.

[15] S. oben §. 110.

[16] In Betreff der Grund- und Hypothekenbücher ist dieß ausdrücklich bestimmt im Gesetz v. 6. November 1843. §. 205. Die Erlassung der Edictalladung wird in solchem Falle vom Justizministerium angeordnet. Angez. Gesetz l. l. Vergl. auch Hering Diss. laud. §. 4. p. 40. Haase l. l. p. 151 fg., welche dieß sogar von Handlungsbüchern gelten lassen wollen.

[17] Köhler, Versuch einer Anleitung zu den Rechten und der Verfassung bei dem Bergbau in Chursachsen und dazu gehörigen Landen, Freiberg 1786. p. 209.

[18] Angez. Gesetz v. 6. Novbr. 1843. §. 234 fg. S. unten §. 119.

[19] Dieß erhellt aus Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. I. im Eingange, wo es heißt, daß die Erlassung der Edictalcitationen in Civilsachen insbesondere in folgenden Fällen Statt finden solle ꝛc., sowie aus dem Schlusse der §. I. dieses Mandats. Vergl. Volkmann l. l. §. 286. not. l. pag. 371.

[20] S. unten §. 147.

§. 112.
Vom Edictalprocesse im Allgemeinen.

Unter Edictalproceß im engeren Sinne, Präclusionsproceß[1] versteht man das rechtliche Verfahren, welches bei Gelegenheit oder in Folge einer Edictalladung stattfindet, worin Personen, deren Existenz überhaupt oder deren Aufenthaltsort unbekannt ist, zu Geltendmachung ihrer Ansprüche bei Vermeidung der Präclusion provocirt werden. Das Charakteristische dieses Processes besteht demnach darin, daß die Vorgeladenen, wenn sie in dem peremtorisch anberaumten Termine ausbleiben, vom Richter präcludirt[2], also aller ihrer Ansprüche verlustig werden, und daß dieser Proceß nur unter der Voraussetzung stattfindet, wenn Berechtigte, also künftige Kläger vorhanden sein können, deren Existenz oder Aufenthaltsort unbekannt ist[3]. Tritt die Edictalladung nur deßhalb an die Stelle der Privatladung, weil die letztere ausnahmsweise nicht behändigt werden kann, so hat dieselbe keinen Edictalproceß zur Folge[4]. Der Edictalproceß als solcher beginnt mit dem Antrage auf Erlassung der Edictalladung, oder wenn diese Ladung von Amtswegen erlassen wird, mit der darauf lautenden Resolution des Richters. Dagegen wird dieser Proceß mit dem Eintritte der Rechtskraft des Präclusivbescheids beendigt, obwohl das Verfahren über die von den erschienenen Interessenten geltend gemachten Ansprüche damit keineswegs nothwendig seine Endschaft erreicht[5]. Auch kann der Erlassung der Edictalladung ein Verfahren vorausgehen, worin sich die Betheiligten darüber streiten, ob die Erlassung dieser Ladung im concreten Falle sich rechtfertigen lasse. Dieses Verfahren wird in

---

[1] Haase Edictalladungen p. 161 fg. Kind Quaest. For. I, 65. Biener Syst. §. 273. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 16. p. 144. Vergl. Hommel Rhaps. Obs. 132 u. 585.

[2] Haase l. l. p. 162. u. p. 4. not. 8. Kind l. l. v. Langenn u. Kori l. l. Bei der Edictalladung eines verschollenen Abwesenden tritt an die Stelle der Präclusion die Todeserklärung. Vergl. unten §. 122.

[3] Mandat v. 13. November 1779. §. II. C. II. C. A. I. p. 367 fg.

[4] Daher kommt ein wirklicher Edictalproceß nur in den oben §. 110 bei not. 8 u. 9 erwähnten Fällen vor. Die Edictalladung muß jedoch den allgemeinen Erfordernissen solcher Ladungen — vergl. unten §. 113 — auch dann entsprechen, wenn der Vorzuladende und dessen Aufenthaltsort bekannt, die Behändigung der Privatladung aber unmöglich ist.

[5] Vergl. unten §. 116.

Form des unbestimmten summarischen Processes abgesetzt, und nach vorausgegangener Anerkennung der Zulässigkeit mittelst rechtskräftiger Entscheidung dieser Vorfrage mit Erlassung der Edictalladung verfahren[6]. Als Parteien im Edictalprocesse sind einerseits der Contradictor[7], anderseits die vorgeladenen unbekannten und bekannten[8] Interessenten zu betrachten, von denen die ausgebliebenen präcludirt werden, während zwischen den Erschienenen und dem Contradictor über die von den Ersteren geltend gemachten Ansprüche dergestalt verfahren wird, daß die erschienenen Interessenten als Kläger, der Contradictor aber als Beklagter betrachtet wird[9].

§. 113.

Von der Ladung im Edictalprocesse.

Die Ladung im Edictalprocesse muß im Allgemeinen denjenigen Erfordernissen ebenfalls entsprechen, welche in allen Ladungen nöthig sind[1]. Demnach muß in einer solchen Edictalladung schon nach allgemeinen Grundsätzen die Veranlassung zur Ladung, die Bezeichnung der Rechtssache, das Gericht, vor welchem die Vorgeladenen erscheinen sollen, die Unterschrift des Richters, der bestimmte Befehl, am Gerichtsorte, oder einem anderen genau be-

---

[6] Vergl. darüber z. B. unten §. 129.

[7] Dieß ist in der Regel ein bei dem Processe nicht betheiligter Rechtsgelehrter, welchen der Richter wählt. Im Concurse heißt derselbe curator litis. Nach der Verordnung v. 7. Mai 1846. sub 2. hat der Richter den Contradictor auch außerhalb des Concursprocesses nicht mehr eidlich zu verpflichten, sondern nur über die erfolgte Bestellung eine Registratur aufzunehmen und auf den Grund derselben dem betreffenden Sachwalter einen Legitimationsschein auszufertigen. Doch bedarf es keineswegs immer eines besonderen Contradictors. Vielmehr kann, namentlich wo das Object weniger bedeutend ist, ein Interessent selbst, dessen Recht unzweifelhaft ist, die Rolle des Contradictor übernehmen, oder dieselbe einem Bevollmächtigten übertragen. Haase l. l. p. 200 fg. Biener l. l. §. 278. Kori l. l. §. 145. Vergl. über den Contradictor überhaupt Canz Diss. de contradictore in concursu creditorum, Tubing. 1769. Stepf die Lehre vom Contradictor bei erkanntem Concursprocesse, Nürnberg 1791 und Leipzig 1821. Bülow u. Hagemann pract. Erörtr. VI, 35. Haase l. l. p. 199 fg. Gottschalk Disc. For. II, 16. Ueber die Restitutionsberechtigung des Contradictors s. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 513. p. 14 fg.

[8] Nur im Concursprocesse werden die bekannten Interessenten mit den unbekannten zugleich edictaliter vorgeladen. In allen andern Fällen bedarf es in Betreff der bekannten Interessenten der gehörig behändigten Privatladung, welche in der Regel patentweise erfolgt. Vergl. unten §. 113.

[9] Biener l. l. §. 273 am Ende.

[1] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 100.

zeichneten und sonst geeigneten Orte zu erscheinen, die Bezeichnung des Termins, in welchem die Betheiligten erscheinen sollen, die Gestattung der gesetzlichen Frist, der Name desjenigen, auf dessen Antrag die Ladung erlassen wird [2] und die genaue Bezeichnung der von den Vorgeladenen vorzunehmenden Proceßhandlung [3], sowie die gesetzliche Verwarnung enthalten sein. Eigenthümlich in dieser Ladung ist, daß die Angabe des Namens der Vorzuladenden nur dann aufgenommen werden kann, wenn nur der Aufenthaltsort, nicht auch die Existenz der Betheiligten unbekannt ist. Die Verwarnung, welche in der Ladung ausdrücklich aufgenommen werden muß [4], geht dahin, daß die Vorgeladenen, falls sie ausbleiben, für präcludirt und ihrer Ansprüche für verlustig geachtet werden würden [5]. Außerdem muß mit den angedrohten Rechtsnachtheilen auch die Verwarnung verbunden sein, daß die Ausgebliebenen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlustig werden würden [6]. Zugleich hat der Richter der Ladung die Auflage einzuschalten, daß diejenigen Interessenten, welche am Gerichtsorte sich nicht aufhalten, an diesem Orte wegen Annahme der Zufertigungen des Gerichts bei Fünf Thaler Strafe einen mandatarius ad insinuandum zu bestellen haben [7]. Auch

---

[2] Von Edictalladungen, welche von Amtswegen erlassen werden, gilt dieß natürlich nicht.

[3] Im Allgemeinen sollen die Interessenten ihre Ansprüche anmelden und bescheinigen. S. unten §. 115. Haase Edictalladungen p. 167 fg.

[4] Ist dieß nicht geschehen, so treten die Präjudizien nicht ein. Haase l. l. p. 165. not. 1.

[5] Mandat vom 13. November 1779. §. III. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Kind Quaest. For. I, 65. p. 427. Biener Syst. §. 273. Unter Präclusion versteht man überhaupt den Verlust des Befugnisses, ein Recht geltend zu machen, oder den richterlichen Ausspruch dieses Verlusts. Dieselbe tritt nur dann ein, wenn sie in einer gültigen Ladung ausdrücklich angedroht war, wenn der Richter berechtigt war, diesen Verlust anzudrohen und der Vorgeladene ungehorsam ausblieb. Haase l. l. p. 27. not. 4. Ueber Todeserklärungen s. unten §. 122.

[6] Angez. Mandat vom 13. November 1779. §. III. Haase l. l. p. 167. Kori Summ. Pr. §. 145, welcher dieß fälschlich auf die im Mandate angegebenen Fälle beschränken will. Ueber die Restitution derjenigen, welche Ehehaften nachweisen können oder die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand genießen, s. unten §. 116.

[7] Angez. Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. III. vergl. mit Erl. Pr.-O. IV, 3. Die Weglassung dieser Aufforderung macht die Ladung nicht nichtig. Biener l. l. §. 277. Kori l. l. §. 145. Vielmehr kann ihnen in solchem Falle die Bestellung eines solchen Bevollmächtigten noch im Termine aufgegeben werden. Schott Diss. laud. II, 7. p. 57. Haase l. l. p. 172. not. 18. Sind die im Termine erschienenen Interessenten dieser Auflage nicht nachgekommen, so erfolgt die Insinuation späterer Ladungen durch Requisition. Auch wird die Geld-

soll sogleich in dieser Ladung außer dem Anmeldungstermine ein Publicationstermin anberaumt werden[8], womit der Richter häufig die Festsetzung eines Inrotulationstermins verbindet[9]. Die Frist zum Anmeldungstermine ist in der Regel eine dreifache Sächsische Frist[10].

§. 114.

Von der Bekanntmachung der Edictalladung.

Nach neuerem Königlich Sächsischen Proceßrecht[1] muß die Edictalladung ohne Unterschied der Fälle in der Leipziger Zeitung und in einem nach richterlichem Ermessen auszuwählenden inländischen Provinzial- oder Localblatte dreimal eingerückt werden[2].

---

strafe beigetrieben und eine erhöhte Geldstrafe angedroht. Bei Vermeidung der Präclusion darf die Bestellung eines Bevollmächtigten am Gerichtsorte natürlich nicht aufgegeben werden. v. Trützschler l. l. §. 23. n. b.

8 Angez. Mandat v. 13. November 1779. §. III. Zweckmäßig wird dieser Publicationstermin für den Präclusivbescheid weit hinausgesetzt, damit nicht neue Edictalladung nöthig wird. Biener l. l. §. 277. Kori l. l. §. 145.

9 Wesentlich ist dieß nicht — Schott Diss. laud. II, 7. p. 55. — aber in allen Fällen rathsam, damit nicht die Anberaumung eines neuen Publicationstermins nöthig wird. Volkmann l. l. §. 288. not. d. pag. 377. u. unten §. 115 bei not. 21.

10 Angez. Mandat vom 13. November 1779. §. III. wo dieß in Betreff aller dort §. I. erwähnter Fälle bestimmt wird, und Mandat, die Verkürzung der cura absentium ꝛc. betreffend v. 13. November 1779. C. II. C. A. I. p. 371. Vergl. Generale v. 11. März 1755. C. C. A. I. p. 393. Hommel Diss. de spatio temporis in citatione edictali concedendo, Lips. 1755. Haase l. l. p. 5. not. 11. pag. 168. Biener l. l. §. 277. Einer gleichen Frist bedarf es auch analog in allen andern Fällen. Vergl. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 16. p. 144 fg. und oben §. 110. not. 14. Ueber den Desertionsproceß s. unten §. 147, über den Concursproceß das geschärfte Bankeroutiermandat v. 20. December 1766. §. 22. C. C. A. I. p. 921 fg. über die Amortisation von Wechseln u. Anweisungen unten §. 129 b. und über den öffentlichen Aufruf bei Anlegung der neuen Grund- und Hypothekenbücher unten §. 119.

1 Gesetz v. 27. October 1834. sub III. Ueber die früher erforderliche Affixion der Edictalladungen s. Mandat vom 13. November 1779. §. III. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Rescript v. 12. September 1785. C. III. C. A. I. p. 193. Rescript v. 21. September 1786. C. II. C. A. I. p. 491. Rescript vom 6. März 1790. C. II. C. A. I. p. 501. Erledigung der Landesgebrechen vom 22. Juni 1661. Tit. v. Justizsachen §. 10. C. A. I. p. 195 fg. Erl. Pr.-O. XLI, 2. Geschärftes Banqueroutiermandat vom 20. December 1766. §. 22. C. II. C. A. I. p. 921 fg. Haase Edictalladungen p. 4 fg. p. 172 fg. Biener Syst. §. 277. not. 2. Kori Summ. Pr. §. 145. Die Bekanntmachung der Edictalladung in der Leipziger Zeitung war schon früher nachgelassen und rathsam. Angez. Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. III. Schott Diss. laud. p. 66. §. 10. Biener l. l. §. 279. not. 4. Kori l. l.

2 Gesetz v. 27. October 1834. sub III. Nach §. 9 des Gesetzes die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz für Rechtspflege und Verwaltung betr. v. 11. August 1855 hat jede Gerichtsbehörde nach vorgängig einge-

Außerdem bedarf es bei der zu Ermittelung der unbekannten Erben oder Gläubiger eines Nachlasses, oder der unbekannten Interessenten an einem Fideicommisse, sowie bei der zum Behuf der Todeserklärung eines verschollenen Abwesenden oder zum Zweck der Amortisation eines Staatspapiers, Talon oder Coupon zu erlassenden Edictalladung der dreimaligen Einrückung in einer von dem Gerichte nach Ermessen zu bestimmenden ausländischen Zeitung [3]. Zwischen dem Tage der ersten Insertion in der Leipziger Zeitung und dem anberaumten Termine muß die nach Verschiedenheit der Fälle erforderliche, also in der Regel eine dreifache Sächsische Frist völlig mitten inne liegen [4]. Von der in allen Fällen in einem Provinzial- oder Localblatte, sowie bisweilen auch in einer auswärtigen Zeitung zu bewirkenden Insertion gilt die Beobachtung dieser Frist nicht als wesentliches Erforderniß der Gültigkeit [5]. Endlich hat das Gericht die öffentliche Vorladung ohne Unterschied der Fälle an einem dazu geeigneten Orte des Gerichtssprengels durch einen schriftlichen Anschlag zu allgemeiner Kenntniß zu bringen, ohne daß jedoch solches als Bedingung und Erforderniß der Gültigkeit des Verfahrens anzusehen ist [6]. Mit der Edictalladung der unbekannten Interessenten muß außerhalb des Concurses der Gläubiger [7] zugleich auch eine schrift-

---

holter Genehmigung der vorgesetzten Behörde eine dazu geeignete Zeitschrift zum Amtsblatte zu bestimmen.

[3] Angez. Gesetz l. l. wo auf die früheren gesetzlichen Bestimmungen verwiesen wird. Angez. Mandat v. 13. November 1779. §. III. Generale v. 11. März 1755. C. C. A. I. p. 393. Rescript v. 12. September 1785. C. III. C. A. I. p. 193. Rescript v. 6. März 1790. C. II. C. A. I. p. 501. Kori l. l. Dabei soll der Richter darauf sehen, daß die Ladung in Zeitungen solcher Länder bekannt gemacht werde, wo zu vermuthen, daß der Erblasser Geschäfte getrieben, oder die unbekannten Interessenten anzutreffen sein möchten. Mandat vom 13. November 1779. §. III.

[4] Angez. Gesetz vom 27. October 1834. sub III. Biener l. l. §. 277. Volkmann l. l. §. 286. not. f. pag. 369. Vergl. oben §. 113 am Ende.

[5] Dieß erhellt aus dem angez. Gesetze l. l. wo die Beobachtung der dreifachen Sächsischen Frist nur in Betreff der Insertion in der Leipziger Zeitung vorgeschrieben wird. Zweckmäßig wird aber der Richter die Edictalladung auch in den übrigen Blättern so zeitig inseriren lassen, daß die dreifache Sächsische Frist offen bleibt.

[6] Angez. Gesetz vom 27. October 1834. sub III. Auf diesem Exemplare wird die Affictions- und Refictionsregistratur angebracht. Diese Registraturen müssen durch eine nach §. 1. der Verordnung vom 22. Februar 1826 zum Protocolliren befähigte Person aufgenommen werden. Siehe das in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung Neue Folge V. p. 373. mitgetheilte Präjudiz.

[7] S. über diesen Erl. Pr.-O. XLI, 2. vergl. mit Erledigung der

liche Privatladung[8] der bekannten Interessenten verbunden werden, welche denselben im gewöhnlichen Wege zu behändigen ist[9]. Dieß gilt auch von denjenigen bekannten Interessenten, deren Aufenthaltsort unbekannt ist. Denn solchen hat der Richter Abwesenheitsvormünder zu bestellen und diesen die Privatladung behändigen zu lassen[10]. Auch der Contradictor wird privatim geladen. Die Vernachlässigung wesentlicher Erforderniſſe der Edictalladung macht dieselbe nichtig und Wiederholung nöthig[11]. Die Kosten der vergeblichen Ladung trägt in solchem Falle derjenige, welcher dieselbe verschuldete. Ist ein solcher nicht vorhanden, so fallen diese Kosten den Interessenten zur Last[12]. Die Verbindung mehrer Edictalladungen, welche in verschiedenen gleichartigen Edictalsachen erlassen werden, ist namentlich bei geringfügigem Betrage der einzelnen Objecte zu Verminderung des Kostenaufwands zweckmäßig und üblich[13].

§. 115.

Vom Anmeldungstermine und dem rechtlichen Verfahren.

Im Anmeldungstermine sollen außer dem Contradictor[1] die Interessenten in Person oder durch gehörig legitimirte Bevollmächtigte[2] vor 5 Uhr Nachmittags erscheinen und ihre Ansprüche

---

Landesgebrechen vom 22. Juni 1661. Tit. von Justizsachen §. 10. C. A. I. p. 195 fg.

8 Diese wird patentweise erlassen, sobald mehrere Interessenten vorhanden sind.

9 Dieß folgt aus §. II. des Mandats v. 13. November 1779. Biener l. l. §. 277. not. 1. Kori l. l. §. 145. Die im angez. Mandate v. 1779. §. III. erfolgte allgemeine Verweisung auf Erl. Pr.-O. XLI, 2. steht dem nicht entgegen. Haase l. l. p. 181 fg. Kind Quaest. For. I, 65. p. 429. und das dort mitgetheilte Präjudiz des vormaligen Appell.-Gerichts. Stuebel Diss. de vera indole ac vi declarationis pro mortuo, Lips. 1830. §. 11.

10 Angez. Mandat v. 13. November 1779. §. II. Biener l. l. §. 279. Volkmann l. l. §. 287. p. 375.

11 Dieß gilt hier ebenso, wie bei anderen Ladungen. Kori l. l. §. 145.

12 Haase l. l. p. 8. not. 21.

13 Ueber die tabellarische Form der Bekanntmachungen der Untergerichte vergl. Verordnung v. 30. December 1851. G. S. v. 1852. S. 1.

1 Bleibt dieser aus, so wird auf seine Kosten ein neuer Termin anberaumt. Vergl. Volkmann l. l. §. 288. p. 376.

2 Persönliches Erscheinen wird also nicht erfordert. Vom mandatum praesumtum gelten die allgemeinen Grundsätze. v. Trützschler Lehre von der Präclusion II, 2. §. 29. Haase Edictalladungen p. 186. not. 9. Auch die Proceßlegitimation hat nichts Eigenthümliches. Indeß müssen die Vollmachten der Ausländer im Concurse gerichtlich recognoscirt sein. Gesch. Banquerouttiermandat §. 17. no. 2. u. §. 22.

anmelden[3]. Indeß bedarf es nicht einmal des wirklichen Erscheinens im Termine. Vielmehr genügt nach der in der Praxis herrschenden milden Auffassung die bloße Anmeldung des Anspruchs mittelst schriftlichen Vortrags[4]. Sogar die schriftliche Anmeldung vor dem Termine wird für genügend angesehen, wenn auch die Anmeldung im Termine nicht wiederholt worden ist[5]. Diejenigen Interessenten, welche bis Nachmittag 5 Uhr am Termintage sich nicht angegeben haben, werden ihrer Ansprüche ipso jure verlustig[6], und können daher dieselben nicht mehr zugelassen werden, wenn sie sich auch vor dem Inrotulationstermine noch angemeldet haben[7]. Die erschienenen Interessenten haben sich zuvörderst zur Sache zu legitimiren und ihre Ansprüche gehörig zu begründen. Dieß geschieht gewöhnlich in Form eines Satzes, welcher also die Klage enthält[8], zu deren Anstellung jeder ein-

---

[3] Erl. Pr.-O. XLI, 2. Kori Summ. Pr. §. 145.

[4] Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1850 X, 71. p. 328, wo bemerkt wird, daß die Einsendung des Liquidationssatzes im Termine genüge. Selbst durch Briefe kann man sich angeben. v. Trützschler l. l. §. 30. Haase l. l. p. 186. not. 8. Volkmann l. l. §. 288. p. 376.

[5] Haase l. l. p. 187 fg. Biener Syst. §. 279. Kori l. l. Volkmann l. l. §. 288. p. 377. und die in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung N. F. XIII. p. 374 fg. u. bei Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 608. p. 277 mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts. Vergl. Erl. Pr.-O. XLI, 3. Ist die Anmeldung des Interessenten vor der Erlassung der Edictalladung erfolgt, so gehört der Interessent zu den bekannten Gläubigern und muß daher derselbe außerhalb des Concurses durch Privatladung vorgeladen werden. Dann hat er sich aber bei Vermeidung der Präclusion im Termine selbst anzugeben. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1843. III, 78. p. 226 fg. und das in der Zeitschrift l. l. u. bei Ackermann l. l. mitgetheilte Präjudiz. Volkmann l. l. not. c.

[6] Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 527 fg. Die frühere Ungehorsamsbeschuldigung von Seiten des Contradictor ist weggefallen. Gesetz vom 27. October 1834. sub I. Ueber Restitutionsgründe s. unten §. 116.

[7] Vergl. das von Kind Quaest. For. IV, 44. mitgetheilte Präjudiz des vormaligen Appell.-Gerichts und die dort Angeführten, ingleichen die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 527 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts. Biener l. l. §. 278. not. 2. Volkmann l. l. §. 288. p. 377. u. not. b. daselbst. Vergl. auch Haase l. l. p. 188 fg. v. Trützschler l. l. §. II. 2. §. 4. n. 1.

[8] Kori l. l. §. 145. Eine Provocation dazu von Seiten des Contradictors hat nicht mehr Statt. Gesetz v. 27. October 1834. sub I. Die Frist zu Einreichung dieses Satzes beträgt, je nachdem der Richter zum Verfahren 3, 6, 9 oder 12 Wochen bestimmt hat, 3, 6, 9 oder 12 Werktage. Nichteinhaltung derselben hat nach Erl. Pr.-O. XLI, 3. den Verlust des Satzes zur Folge „als worüber festzuhalten und weder von dem Richter, noch von denen Parteien oder deren Advocaten hierinnen einige Dilation oder Compromiß zuzulassen.“ Die Anwendbarkeit dieser zunächst nur den Concursproceß betreffenden Bestimmung

zelne Betheiligte die ihm passende Proceßart wählt[9]. In der Regel wird auch damit schon jetzt die Bescheinigung des Anspruchs verbunden. Der Contradictor, welcher die Stelle des Beklagten einnimmt[10], hat die Sachlegitimation, die Begründung der An- Ansprüche und die beigebrachte Bescheinigung sorgfältig zu prüfen und darüber nach vergeblich angestelltem Vergleichsversuche[11] mit jedem einzelnen Interessenten besonders[12] zu verfahren[13]. Bei dieser Gelegenheit kann auch zwischen den einzelnen Interessenten selbst über die Priorität der von ihnen geltend gemachten Ansprüche Streit entstehen[14]. In der Regel haben die erschienenen Interessenten diese Ansprüche sofort im Laufe des Verfahrens zu bescheinigen[15]. Ist dieß jedoch nicht geschehen, so muß, falls nicht aus anderen Gründen summarische Bescheinigung beizubringen war, auf Beweis und Gegenbeweis interloquirt werden[16]. Die Beweismittel sind die gewöhnlichen. Indeß kann der Eid dem Contradictor nur über solche Thatsachen angetragen werden, von welchen er Kenntniß haben muß[17]. Auch sind nahe

---

auf andere Edictalprocesse unterliegt keinem Zweifel. A. M. Volkmann l. l. §. 288. not e. pag. 377.

9 Kori l. l.

10 S. über den Contradictor oben §. 112. not. 7.

11 Haase l. l. p. 184. Kori l. l. §. 145.

12 Natürlich gilt dieß dann nicht, wenn mehrere Interessenten als Streitgenossen gemeinschaftlich auftreten. Haase l. l. p. 190. Biener l. l. §. 278.

13 Der Unkosten halber brauchen die erschienenen Interessenten nach der in der Praxis herrschenden Ansicht nicht zu caviren. Hommel Rhaps. Obs. 14. Haase l. l. p. 191. Biener l. l. §. 48. not. 5. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 220 bei not. 20. S. indeß Ackermann in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 10. p. 235 fg.

14 Haase l. l. p. 190. Dieß gilt z. B. von allen denjenigen Fällen, wo es sich um die Rangordnung der Gläubiger handelt und von Successionsfällen. Biener l. l. §. 278. Namentlich kann auch bei Gelegenheit der Edictalladung eines verschollenen Abwesenden zwischen den erschienenen Erbinteressenten darüber Streit entstehen, wenn der Tod präsumtiv eingetreten sei. Biener l. l. §. 280. Der Contradictor ist bei solchen Prioritätsstreitigkeiten nicht betheiligt.

15 Schmidt Summ. Pr. §. 348. Haase l. l. p. 193. Biener l. l.

16 v. Trützschler l. l. II, 2. §. 7. Haase l. l. p. 193. Biener l. l. Vergl. unten §. 116 bei not. 13. Nothwendig ist also, wie Volkmann l. l. §. 288. p. 377. richtig bemerkt, diese sofortige Bescheinigung nicht, da die Unterlassung derselben den Verlust des Anspruchs nur dann nach sich zieht, wenn der Anspruch geringfügig ist. Die sofortige Bescheinigung hat aber häufig Abkürzung des Processes und Ersparung von Unkosten zur Folge und ist daher immer zweckmäßig.

17 Erl. Pr.-O. XLI, 4. Vergl. Küstner zu Griebners Discurs p. 376. Biener l. l. §. 100. not. 5. u. §. 293. not. 3. Siehe auch Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 461 fg.

Verwandte im Edictalprocesse als Zeugen ausnahmsweise bisweilen zulässig[18]. Zur Bescheinigung des Todes eines Abwesenden reicht nach Befinden ein Zeuge hin[19]. Editionsgesuche sind statthaft. Ueberhaupt gelten vom Urkundenbeweise die allgemeinen Grundsätze. An eine siebentägige Frist ist das Verfahren nicht gebunden[20]. Vielmehr können dazu nach Beschaffenheit der Sache und des Richters Ermessen 3. 6. 9 bis höchstens 12 Wochen verwendet werden[21]. Namentlich hat der Richter darauf zu sehen, daß der in der Edictalladung angesetzte Publicationstermin eingehalten werden könne. Ist dieß nicht thunlich, so ist ein anderweiter Publicationstermin mittelst Edictalladung anzuberaumen und mit der Bekanntmachung dieser Edictalladung auf gleiche Weise zu verfahren, wie bei der Vorladung zum Anmeldungstermine[22]. Nach Absetzung des Verfahrens werden die Acten zum Verspruch inrotulirt und zweckmäßig in der Regel an die Spruchbehörde versendet[23].

§. 116.

Vom Erkenntnisse, den Rechtsmitteln und der Hülfsvollstreckung im Edictalprocesse.

Das Erkenntniß im Edictalprocesse betrifft zunächst die Verbesserung und Beseitigung der im Edictalverfahren vorgekommenen Formfehler[1]. Sind solche nicht vorgekommen, oder doch sofort oder in Folge eines zu diesem Zwecke gefällten Interlocuts genügend beseitigt, so enthält dasselbe zugleich in Betreff der Haupt-

---

[18] Cap. 3. X. qui matrim. accus. poss. IV, 18. Leyser Med. ad Pand. Sp. 98. med. 5 sq. Sp. 283. med. 23. Sp. 326. med. 7. Kind Quaest. For. III, 53. p. 249. Haase l. l. p. 195. Namentlich gilt dieß von denjenigen Fällen, wo es sich um den Beweis der Verwandtschaft, des Todes oder der Geburt handelt. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 275, not. 19.

[19] Vergl. unten §. 121. not. 6.

[20] Mandat v. 15. April 1696. §. 12. C. A. I. p. 1269 fg. Erl. Pr.-O. XLI, 3. Haase l. l. p. 191. Biener l. l. §. 278.

[21] Erl. Pr.-O. XLI, 3. vergl. mit Mandat v. 15. April 1696. §. 12. Nichteinhaltung dieser Fristen hat Verlust des betreffenden Satzes zur Folge. S. oben not. 8.

[22] Mandat v. 13. November 1779. §. III. Biener l. l. Vergl. unten §. 116. not. 9.

[23] Mandat v. 13. November 1779. §. IV. Haase l. l. p. 201. Biener l. l. §. 278 am Ende.

[1] Kori Summ. Pr. §. 145. Haase Edictalladungen p. 202 fg.

sache die Präclusion der im Anmeldungstermine ausgebliebenen Interessenten, indem dieselben ihrer etwaigen Ansprüche auf das Streitobject[2] ausdrücklich für verlustig erklärt werden[3]. Verschollene Abwesende, welche behufs der Todeserklärung mittelst Edictalladung zum Erscheinen aufgefordert worden sind, werden nicht präcludirt, sondern für todt erklärt[4]. Die Präclusion tritt mit dem Ablaufe des Termins und nicht erst mit der Rechtskraft des Präclusivbescheids ein[5]. Denjenigen Interessenten, denen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht[6], oder welche durch gesetzliche Ehehaften verhindert waren, der Edictalladung nachzukommen und also den Ungehorsam abzulehnen vermögen[7], steht ein gemeines Jahr lang von Publication des nachher rechtskräftig gewordenen Präclusivbescheids angerechnet[8] das Recht zu, ihre Ansprüche nachträglich geltend zu machen[9]. Die Präclusivbescheide sind, wie alle Contumacial-

---

[2] Im Concurse namentlich geht das Recht selbst durch die Präclusion nicht verloren, sondern nur der Anspruch an die Concursmasse. In anderen Fällen tritt nach Befinden der Verlust des Rechts selbst ein. Vergl. Volkmann l. l. §. 289. p. 380. u. not. g. daselbst.

[3] Mandat vom 13. Novbr. 1779. §. IV. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Biener Syst. §. 279. Haase l. l. p. 208. Der Ungehorsamsbeschuldigung von Seiten des Contradictors bedarf es nicht mehr. Gesetz v. 27. Octbr. 1834. sub I. Vergl. oben §. 115 bei not. 6.

[4] Mandat vom 13. November 1779. C. II. C. A. I. p. 371 fg. Biener Syst. §. 279. Vergl. unten §. 122.

[5] Im Präclusivbescheide spricht also der Richter nur das aus, was schon vorher ipso jure eingetreten ist. Haase l. l. p. 208. Kind Quaest. For. IV, 44. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 527 fg. A. M. scheint Biener l. l. §. 279.

[6] Von Ausländern gilt dieß nur im Concurse. Rescript v. 14. Juni 1728. C. C. A. I. p. 279. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XI. p. 383 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854. N. F. II, 35. p. 142 fg. 1855. N. F. III, 84. p. 361 fg.

[7] Die Berufung auf die clausula generalis berechtigt nicht zu Geltendmachung bloßer vager Billigkeitsgründe. Burchardi von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand p. 159. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 528. Die Berufung des Ausgebliebenen darauf, daß er die Zeitungen, in denen die Edictalladung abgedruckt gewesen, nicht gelesen habe, genügt natürlich nicht. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung l. l. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854. N. F. II, 35. p. 142 fg.

[8] Also nicht von der Rechtskraft angerechnet. Mandat v. 13. November 1779. §. IV. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Haase l. l. p. 209 u. 211 fg. Gottschalk Disc. For. II, 3. Biener l. l. §. 279. Stuebel Diss. laud. §. 14. und das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 125. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts. Im Concursprocesse läuft diese einjährige Frist vom Anmeldungstermine an. Rescript v. 14. Juni 1728. C. C. A. I. p. 279.

[9] Mandat vom 13. November 1779. §. IV. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Mandat v. 13. November 1779. C. II. C. A. I. p. 371 fg. Auf solche Personen

erkenntnisse, eng zu erklären[10]. Dieselben müssen in dem in der Edictalladung zum Anmeldungstermine angegebenen oder in einem zu diesem Zwecke besonders und zwar ebenfalls edictaliter anberaumten Publicationstermine eröffnet werden[11]. Die Publication des Präclusivbescheids erfolgt in der gewöhnlichen Maaße[12]. Ist im Anmeldungs-Termine gar Niemand erschienen, so wird nur präcludirt, zugleich aber über den Gegenstand des Edictalverfahrens definitiv erkannt[13]. Haben sich dagegen im Termine Interessenten gemeldet, so muß über deren Ansprüche nach Beendigung des zwischen ihnen und dem Contradictor abzusetzenden Verfahrens ebenfalls erkannt werden[14]. Dieses Erkenntniß wird häufig mit dem Präclusiverkenntnisse verbunden und ist in den meisten Fällen definitiv[15], kann aber auch nach Befinden auf Beweis und Gegenbeweis[16], auf Beibringung der Sachlegitimation, oder sonst interlocutorisch lauten, es müßte denn in der von den Betheiligten gebrauchten Proceßart die Fällung eines Interlocuts nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen sein[17]. Ueberhaupt wird der

---

erstreckt sich also die Präclusivkraft des Präclusivbescheids wenigstens nicht sofort, sondern erst nach Ablauf eines gemeinen Jahrs von der Publication angerechnet. Vergl. v. Trützschler Lehre von der Präclusion II, 2. §. 36. Die Kosten der nachträglichen Verhandlung müssen die zur Restitution Berechtigten tragen. Leyser Med. ad Pand. Sp. 490. med. 3. Haase l. l. p. 213 fg. und unten not. 22. Nach Ablauf dieser einjährigen Restitutionsfrist haben sich die zur Restitution Berechtigten mit ihren Schädenansprüchen lediglich an ihre Vormünder oder Administratoren zu halten. Angez. Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. IV. am Ende.

[10] Biener l. l. §. 279. Daher haben dieselben auf im Auslande gelegenes Vermögen keinen Bezug. Biener l. l.

[11] Kori l. l. §. 145. Vergl. oben §. 115 bei not. 22. Dieß besonders deßhalb, weil das Restitutionsjahr von diesem Publicationstermine an berechnet wird. S. oben bei not. 8 fg.

[12] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 120.

[13] Biener l. l. §. 279.

[14] Gewöhnlich geschieht dieß erst später. v. Trützschler l. l. II, 2. §. 3. Haase l. l. p. 208. Gottschalk Disc. For. II, 3. Biener l. l. §. 280. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 125.

[15] Dieß deßhalb, weil die erschienenen Interessenten in der Regel ihre Ansprüche sofort im Verfahren bescheinigen. Vergl. oben §. 115 bei not. 15. Das Erkenntniß kann übrigens ebensowohl bedingt als unbedingt lauten. Auch sind Legaleide zulässig. Haase l. l. p. 198 fg. u. 204 fg.

[16] Versäumt sich der beweispflichtige Interessent am Beweise, so wird er seines Anspruchs verlustig. Man bezeichnet diesen Fall mit dem Namen der uneigentlichen Präclusion. v. Trützschler l. l. II, 1. §. 8. II, 2. §. 1 fg. II, 3. §. 4 u. 8. Haase l. l. p. 194.

[17] z. B. der Anspruch des erschienenen Interessenten ein geringfügiger sein.

Proceß über die von den erschienenen Interessenten geltend gemachten Ansprüche nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt[18]. Ebenso hat der Edictalproceß in Betreff der gegen die gefällten Entscheidungen und gegen das Verfahren einzuwendenden Rechtsmittel nichts Eigenthümliches[19]. Mit der Ausführung dessen, was im Enderkenntnisse in Betreff der Hauptsache angeordnet worden ist, wird bis nach Ablauf des gemeinen Jahrs gewartet, innerhalb dessen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben werden muß[20], auch dieß im Erkenntnisse ausdrücklich ausgesprochen, falls diese einjährige Frist noch nicht verstrichen ist[21]. Die Verbindlichkeit zur Uebertragung der Proceßkosten wird nach den im Concursprocesse geltenden Grundsätzen beurtheilt[22].

---

[18] Biener l. l. §. 273.

[19] Haase l. l. p. 209 fg. Kori l. l. §. 145. Ueber die Berechnung der appellablen Summe s. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 237 fg.

[20] Vergl. oben bei not. 8.

[21] Biener l. l. §. 280. Obs. Gottschalk Disc. For. II, 3. p. 33 fg. Haase l. l. p. 213. Kori l. l. welcher dieß auf Erbschaftsgläubiger beschränkt. Wünschen die Betheiligten die frühere Ausantwortung, so müssen sie hinreichende Caution stellen. Gottschalk l. l. p. 30.

[22] Namentlich gilt dieß von den durch das Erscheinen der Interessenten und durch die Geltendmachung ihrer Ansprüche erwachsenen Kosten. Vergl. Erl. Pr.-O. XLI, 1. Geschärftes Banqueroutiermandat v. 20. December 1766. §. 23. C. C. A. I. p. 921 fg. Biener l. l. §. 280. Die zum gemeinschaftlichen Besten verwendeten Kosten werden von den Percipienten pro rata d. h. nach der Größe der ihnen zufallenden Antheile getragen. Namentlich gilt dieß auch von den Kosten der Edictalladung. So hat das Ober-Appell.-Gericht 1837 erkannt. Vergl. auch v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfragen No. 240. Kosten, welche bei der Geltendmachung der Ansprüche von Einzelnen verursacht worden sind, müssen auch von diesen Einzelnen getragen werden. Haase l. l. p. 207. Das Gesetz v. 25. Juni 1840, wornach die allgemeinen Concurskosten von der Concursmasse vorweg abzuziehen sind, leidet auf andere Arten des Edictalprocesses keine Anwendung.

Neunzehntes Capitel.

Von den einzelnen Arten des Edictalprocesses *.

§. 117.

Von dem Edictalverfahren wegen Cassation alter ungelöschter Hypotheken oder Ehestiftungsgebührnisse.

Wenn auf einem Allodial- oder Lehngrundstücke alte Hypotheken oder Ehestiftungsgebührnisse haften, deren derzeitige Inhaber der Eigenthümer des Grundstücks nicht ausfindig machen kann, gleichwohl aus dem Alter der darüber vorhandenen Urkunden hinreichende Vermuthung entsteht, daß dieselben entweder durch Zahlung getilgt, oder durch eingetretene Verjährung erloschen seien, der Eigenthümer aber den Beweis dieser Annahme weder durch Production richtiger Quittungen, noch durch Rücklieferung der Originalschuldverschreibungen und Consense oder sonst zu führen im Stande ist, so kann derselbe darauf antragen, daß zu Ermittelung der Interessenten an diesen Hypotheken oder sonstigen Reallasten und zu Bewirkung der Cassation derselben Edictalien erlassen werden [1]. Der Eintritt dieser Vermuthung setzt nach neuerem Königlich Sächsischen Rechte den Ablauf einer Frist von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen voraus [2]. Diese Frist

---

* Kluegel Diss. de causis citationis edictalis, Viteb. 1791. Haase Edictalladungen p. 33 fg. Biener Syst. §. 274 fg. Kori Summ. Pr. §. 144. u. 146 fg. Das Mandat, die Edictalladungen in Civilsachen ꝛc. betreffend v. 13. November 1779. C. II. C. A. I. p. 367 fg. umfaßt nicht alle Fälle, wie dieß aus dem Eingange des §. I. erhellt. Namentlich ist dort, abgesehen von der Edictalladung im Concursprocesse, von der wegen verloren gegangener Staatspapiere und anderer Werthpapiere, wegen verloren gegangener Wechsel und kaufmännischer Anweisungen und wegen Entweichung eines Ehegatten zu erlassenden Ladung nicht die Rede. Ueber die wegen Todeserklärung eines verschollenen Abwesenden zu erlassende Edictalladung, welche das angez. Mandat §. I. sub 3 b. erwähnt, enthält das Mandat, die Verkürzung der curae absentium ꝛc. betreffend vom 13. November 1779. C. II. C. A. I. p. 371 fg. ausführlichere Bestimmungen. Vergl. Kind Quaest. For. III, 71. Biener l. l. §. 274. not. 2. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. I, 16. u. oben §. 111.

1 Mandat vom 13. November 1779. §. I. sub 1. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Gesetz vom 6. November 1843. §. 122 fg. wo die Bestimmungen des angez. Mandats und des Gesetzes v. 27. October 1834. sub III. ausdrücklich bestätigt werden. Vergl. schon Generale v. 11. März 1755. C. C. A. I. p. 393. in Betreff der auf Rittergütern haftenden alten ungelöschten Hypotheken. Haase l. l. p. 33 fg. Kori l. l. §. 146.

2 Dieß gilt seit dem 1, Januar 1845. Gesetz v. 6. November 1843. §. 123.

wird bei Schuld- und Pfandverschreibungen, worin eine Zahlungsfrist bestimmt ist, vom Ablauf dieser Zahlungsfrist angerechnet, sobald das Capital unverzinslich war, oder der Impetrant beeidet, daß er eine Quittung oder Bescheinigung wegen nach Ablauf des Zahlungstermins weiter erfolgter Verzinsung des verschriebenen Capitals nicht besitze, noch gefährlicher Weise habe abhanden kommen lassen, auch nicht wisse, wo dergleichen sonst anzutreffen sein möchte[3]. Hat dagegen der Impetrant bei verzinslichen Capitalien Zinsquittungen aufzuweisen, die nach Ablauf des festgesetzten Zahlungstermins ausgestellt sind, so ist jener Zeitraum von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen vom Tage der letzten Quittung an zu rechnen. Indeß muß der Impetrant auch hier mittelst obigen Eides versichern, daß er eine neuere Quittung nicht habe[4]. Wenn die Wiedereinlösung des Unterpfands nur auf vorgängige Aufkündigung gesetzt worden[5] und der Impetrant die zuletzt ausgestellte Zinsquittung vor Erlassung der Edictalien edirt, auch dabei, daß er eine neuere nicht ediren könne, mittelst des angegebenen Editionseides bestärkt, so wird der Zeitraum von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen von Zeit dieser letzten Quittung, oder wenn der Impetrant durch diesen Eid erhärtet, daß gar keine Zinsquittung vorhanden, nach früherem Rechte[6] vom Tage des Consenses, oder bei geschehener Cession vom Tage der über Translation der Hypothek ertheilten Urkunde[7], jetzt von Zeit des neuesten auf die Forderung bezüglichen Eintrags in das Grund- und Hypothekenbuch[8], bei den wegen Ehestiftungsgebühr-

---

Verordnung v. 15. Februar 1844. §. 126. sub d. Nach früherem Rechte bedurfte es einer Frist von 44 Jahren. Angez. Mandat v. 13. November 1779. §. I. sub 1. Der Grund zu dieser Bestimmung lag darin, weil unter den Interessenten milde Stiftungen, Kirchen 2c. sein können, wider welche die Verjährung nach Const. Elect. 5. P. II. vom 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. 40 Jahre läuft, wozu die 4jährige Restitutionsfrist kommt. Vergl. Haase l. l. p. 36. not. 9.

[3] Angez. Mandat vom 13. November 1779. §. I. sub 1. vergl. mit Erl. Pr.-O. XXVI, 2.

[4] Dieß folgt aus §. I. sub 1. des angez. Mandats v. 13. Novbr. 1779. Haase l. l. p. 37 fg.

[5] Vergl. Generale v. 14. Decbr 1801. §. 7. C. III. C. A. I. p. 195 fg. welches jedoch in seinen Specialitäten auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leidet. Haase l. l. p. 38. not. 24.

[6] Das Gesetz v. 6. November 1843. hat dieß aufgehoben.

[7] Angez. Mandat vom 13. November 1779. §. I. sub 1. Haase l. l. p. 38. sub II.

[8] Gesetz v. 6. November 1843. §. 123.

nissen bestellten alten Hypotheken aber vom dreißigsten Tage nach dem Absterben des Ehegatten an gerechnet[9], es müßte denn in der Ehestiftung ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt sein[10]. Der Zweck dieses Edictalverfahrens geht auf Cassation derjenigen alten Hypotheken, zu welchen sich keine Interessenten finden[11]. Competent ist zu Erlassung der Edictalien in diesem Falle ausschließlich der Richter, in dessen Gerichtsbezirke das betreffende Grundstück gelegen ist, bei Lehngrundstücken die betreffende Lehnscurie[12]. Der Antragsteller hat das Grundstück speciell zu beschreiben, die auf demselben haftenden alten Hypotheken nach Zeit und Entstehung zu bezeichnen, den ursprünglich oder doch zuletzt Berechtigten zu nennen, etwaige spätere Veränderungen anzugeben und den Ablauf des dem Gesagten zu Folge erforderlichen Zeitraums von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen darzulegen, auch anzuführen, daß er das Erlöschen der Schuld nicht beweisen könne, sowie daß die derzeitigen Interessenten unbekannt seien und daß er auf Ermittelung derselben allen Fleiß verwendet habe[13]. Darnach sind auch die zu erlassenden Edictalien einzurichten[14]. Hat sich im Anmeldungstermine Niemand gemeldet, oder sind die Erschienenen nicht im Stande gewesen, ihre Ansprüche zu begründen und darzuthun[15], so werden nach Verlauf

---

9 Angez. Mandat v. 13. November 1779. §. I. sub 1. Das Absterben muß also hier bewiesen sein, falls nicht der Tod präsumirt werden muß, oder die Ehestiftung einen bestimmten Zahlungstermin festsetzt. Haase l. l. p. 39.

10 Haase l. l. Außerdem wird nach Gesetz v. 6. November 1843. §. 233. zu Sicherung des Gebrauchs dieser Edictalladung erfordert, daß der Eigenthümer auf die bei Einführung der neuen Grund- und Hypothekenbücher erfolgte Vorlegung des Entwurfs zu dem betreffenden Folium innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen achtwöchentlichen Frist, der Eintragung der seiner Behauptung nach weggefallenen Hypothek oder sonstigen Reallast widersprochen habe. Die wegen mangelnden Beweises erfolgte Verweisung dieses Einwands zur besonderen Ausführung und demgemäß erfolgte Eintragung der ungelöschten Reallast in das Grund- und Hypothekenbuch unter Bemerkung des dagegen erhobenen Widerspruchs steht dem Gebrauche der Edictalladung nicht entgegen.

11 Vergl. Verordnung v. 15. Februar 1844. §. 107. sub d.

12 Haase l. l. p. 35. not. 6. Biener l. l. §. 274.

13 Haase l. l. p. 39 fg. u. 35. Biener l. l.

14 Haase l. l. p. 40. Biener l. l. Der Name des Eigenthümers muß in der Ladung genannt werden. Haase l. l. not. 17. Die Edictalladung hat übrigens in Betreff des Erlöschens der Reallasten, auf welche sie sich bezieht, gleiche Wirkung mit der nothwendigen Subhastation. Angez. Mandat vom 13. Novbr. 1779. im Eingange. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 365.

15 Ist diese Begründung und Bescheinigung erfolgt, so wird die beantragte Cassation insoweit unthunlich. Haase l. l. p. 41.

der zu Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestatteten Jahresfrist von Publication des Präclusivbescheids angerechnet[16], die betreffenden[17] Hypotheken für ungültig erklärt und im Grund- und Hypothekenbuche gelöscht, auch darüber Recognitionsscheine ertheilt[18] und demnach die präcludirten Interessenten ihrer Realansprüche verlustig[19]. Bei eintretender Zahlung von Ablösungsrenten bedarf es dieser Edictalladung nicht, wenn die Priorität der ungelöschten alten Hypotheken eine solche ist, daß diese Hypotheken zu Folge derselben noch in der ersten Hälfte derjenigen Summen stehen, welche von dem hierbei nach dem letzten Kaufpreise zu berechnenden Werthe des ihnen unterpfändlich haftenden Grundstücks nach Abzug des Betrags des abzuzahlenden Ablösungscapitals übrig bleibt[20]. In solchem Falle kann also mit dem Ablösungscapitale so gebahrt werden, als wenn jene ungelöschten alten Hypotheken gar nicht vorhanden wären[21]. Die Zulässigkeit dieser Edictalladung erstreckt sich übrigens auch auf andere Fälle, in welchen dem Eigenthümer eines Grundstücks daran gelegen ist, die Tilgung solcher alter im Hypothekenbuche eingetragener Reallasten zu erlangen, welche durch nothwendige Subhastation des Grundstücks erlöschen würden[22].

§. 118.

Von dem Edictalverfahren wegen Aufhebung stillschweigender Hypotheken oder anderer durch Subhastation erlöschender Reallasten.

Wenn bei Veräußerung eines Grundstücks besorgt wird, daß solches mit Realansprüchen belastet sei, welche durch nothwendige Subhastation erlöschen würden, aber im Hypothekenbuche nicht

---

[16] S. oben §. 116 bei not. 8 u. 9.

[17] Dieß gilt natürlich nur von den in der Ladung ausdrücklich bezeichneten Hypotheken. Biener l. l.

[18] Gesetz v. 6. November 1843. §. 191. Ueber die Erfordernisse dieser Recognitionsscheine s. ebendaselbst §. 192 fg.

[19] Curtius Handbuch §. 1119. Haase l. l. p. 40 fg. Die persönlichen Ansprüche bestehen fort. Haase l. l. p. 41. not. 24.

[20] Gesetz v. 15. Januar 1838.

[21] Angezog. Gesetz v. 15. Januar 1838.

[22] Angezog. Mandat v. 13. Novbr. 1779 im Eingange. Biener l. l. §. 274. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 365.

eingetragen sind, diejenigen aber, welche dergleichen Ansprüche machen könnten, unbekannt sind, und der Besitzer des Grundstücks solches aus freier Hand mit völliger Sicherheit zu veräußern und dem Käufer zu gewähren dadurch verhindert wird, so ist er berechtigt, bei dem Richter der gelegenen Sache, nach Befinden bei der betreffenden Lehnscurie[1], auf Erlassung einer Edictalladung anzutragen[2]. Der Ablauf einer bestimmten Verjährungsfrist wird hierbei nicht erfordert[3]. Der Antragsteller hat in seinem Gesuche um Edictalladung anzuführen, daß Reallasten der beschriebenen Art auf dem näher zu beschreibenden ihm eigenthümlich zugehörigen Grundstücke früher gehaftet, oder doch die bestimmte Vermuthung auszusprechen, daß dieß der Fall gewesen sein möchte, und dabei zugleich diese Reallasten speciell zu bezeichnen. Außerdem hat er anzugeben, daß ihm die jetzigen Berechtigten unbekannt seien und daß er sich vergebliche Mühe gegeben habe, dieselben ausfindig zu machen[4]. Diese Angaben sind bei Abfassung der Edictalladung vom Richter zu benutzen und in dieser Ladung aufzunehmen. Die präcludirten Interessenten werden ihrer Realansprüche, nicht auch ihrer persönlichen Ansprüche an den Schuldner verlustig[5]. Nach früherem Rechte wurde diese Art der Edictalladung namentlich auch zu dem Zwecke erlassen, um die Aufhebung stillschweigender Hypotheken zu erlangen, welche auf dem zu veräußernden Grundstücke haften könnten[6]. In Folge des Gesetzes vom 2. November 1843 sind aber die stillschweigenden Hypotheken mit dem 31. December 1844 gänzlich erloschen, es müßte denn vor dem 1. Januar 1845 Concurs zu dem Vermögen des Schuldners ausgebrochen sein[7], und ist daher dieser Fall der Edictalladung ganz weggefallen[8].

---

1 Haase Edictalladungen p. 35. not. 6. p. 45. not. 11.

2 Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. 1. sub 2. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Haase l. l. p. 47 fg. Vergl. schon Berger Oec. Jur. IV, 14. Th. 1. not. 5. Mit Recht wird dieß auch auf andere Fälle ausgedehnt, wo dem Eigenthümer daran gelegen ist, zu erfahren, ob auf seinem Grundstücke Reallasten haften, welche im Hypothekenbuche nicht eingetragen sind. Vergl. Hering Diss. laud. §. 4. p. 27 fg. Haase l. l. p. 41 fg. u. 42 fg.

3 Haase l. l. p. 43.

4 Haase l. l. p. 42 fg.

5 Haase l. l. p. 46 fg.

6 Angezog. Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. I. sub 2.

7 Vergl. noch Verordnung vom 15. Februar 1844. §. 108. 113. 119. u. 126. sub a. Generalverordnung v. 7. Mai 1844.

8 S. schon Mandat v. 4. Juni 1829. §. 5 fg. wo diese gänzliche Aufhebung bereits vorbereitet wurde.

§. 119.
Von dem nach Anfertigung des Entwurfs zu den neuen Grund- und Hypothekenbüchern zu erlassenden öffentlichen Aufrufe.

Aehnlichkeit mit den in den vorigen beiden Paragraphen beschriebenen Fällen der Edictalladung hat das Verfahren, welches nach Maßgabe des §. 234. des Gesetzes vom 6. November 1843 eintreten soll, sobald sämmtliche Grundstücksfolien, aus denen die neuen Grund- und Hypothekenbücher jedes Orts bestehen sollen, vorbereitet worden sind. Diese Edictalladungen sind von Amtswegen zu erlassen. Die Grund- und Hypothekenbehörde hat darin zur öffentlichen Kenntniß zu bringen, daß der Entwurf des Grund- und Hypothekenbuchs angefertigt sei und für alle, die daran ein Interesse haben, zur Einsicht bereit liege, auch dabei Alle, welche gegen den Inhalt dieses Entwurfs wegen ihnen an Grundstücken des Orts zustehender dinglicher Rechte etwas einzuwenden haben möchten, aufzufordern, diese Einwendungen binnen einer Frist von sechs Monaten bei der Grund- und Hypothekenbehörde anzuzeigen, widrigenfalls sie solcher Einwendungen dergestalt verlustig gehen würden, daß diesen Einwendungen gegen dritte Besitzer und andere Realberechtigte, welche als solche in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen werden würden, keinerlei Wirkung beizulegen sei. Ein Anmeldungstermin wird in dieser Edictalladung nicht anberaumt. Auch bedarf es keines Präclusivbescheids. Vielmehr werden diejenigen Interessenten, welche innerhalb der nachgelassenen sechsmonatlichen Frist Einwendungen gegen den angefertigten Entwurf nicht geltend gemacht haben, ihrer Einwendungen den dritten Besitzern oder anderen Realberechtigten gegenüber mit Ablauf der Frist ipso jure verlustig. Das persönliche Recht der Berechtigten erlischt dagegen in Folge der Versäumung an der sechsmonatlichen Präclusivfrist nicht[1]. Ein Entschädigungsanspruch auf den Grund, daß ein dingliches Recht nicht oder nicht gehörig berücksichtigt worden sei, kann nach Ablauf der erwähnten sechsmonatlichen Frist an die

---

[1] Dieß folgt aus der im Gesetz vom 6. November 1843. §. 234. vorgeschriebenen Verwarnung, unter welcher die Edictalladung erlassen werden soll.

Grund- und Hypothekenbehörde in keinem Falle erhoben werden [2].

§. 120.

Von dem Edictalverfahren zu Ermittelung der unbekannten Gläubiger einer mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Erbschaft.

Hat ein testamentarischer, Intestat- oder Vertragserbe die ihm zugefallene Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so kann er die Erbschaftsgläubiger in der Absicht aufrufen lassen, um die Erbschaftsschulden kennen zu lernen und sich gegen Ansprüche sicher zu stellen, welche unbekannte Gläubiger zu seinem Nachtheile erheben könnten [1]. Im Antrage ist die Erbschaft unter Angabe des Namens, Standes und Wohnorts des Erblassers, sowie der Zeit seines Todes genau zu bezeichnen, die Delation derselben zu begründen und zu bescheinigen, die Besorgniß auszusprechen, daß Ansprüche unbekannter Erben vorhanden sein möchten, der Erbantritt unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Güterverzeichnisses zu erklären und zugleich zu versichern, daß die Bemühungen zu Ermittelung unbekannter Gläubiger des Nachlasses vergeblich gewesen seien [2]. In der Edictalladung, welche diese Unterlagen ebenfalls enthalten muß, werden alle diejenigen, welche Ansprüche an die bezeichnete Erbschaft zu haben glauben, zu Geltendmachung dieser Ansprüche bei Vermeidung der Präclusion aufgefordert. Die ausgebliebenen Gläubiger werden ihrer Ansprüche auch für den Fall verlustig, daß nach Befriedigung der angemeldeten Anforderungen etwas übrig bleiben sollte [3]. Fortdauernde dingliche Rechte auf den zur Erbschaft gehörigen Grundstücken werden im Falle der Nichtanmeldung nicht präcludirt [4]. Ist die Insolvenz des Nachlasses vor Erlassung der Edictalladung offenbar, so muß Concursproceß eröffnet werden. Der Erbe hat in diesem Falle acht Wochen lang Zeit, sich zu erklären, ob er die Erbschaft antreten wolle, oder nicht. Unterbleibt diese Erklärung,

---

[2] Angez. Gesetz l. l. Vergl. hiermit noch Verordnung v. 15. Februar 1844. §. 114 fg. §. 13 u. 119.

[1] Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. I. sub 3a. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Hering Diss. laud. §. 4. p. 27. Haase Edictalladungen p. 56 fg.

[2] Haase l. l. p. 58 fg.

[3] Haase l. l. p. 60.

[4] Haase l. l. p. 59.

so wird er seines Erbrechts verlustig und mit Eröffnung des Concurses verfahren[5]. Stellt sich dagegen die Insolvenz des Nachlasses erst in Folge der erlassenen Edictalladung heraus, so tritt an die Stelle des einfachen Edictalverfahrens das Concursverfahren und bedarf es dazu in solchem Falle keiner neuen Edictalladung[6]. Die Edictalladung wird übrigens in diesem Falle nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung auch in einer auswärtigen Zeitung inserirt[7]. Competent zu Erlassung der Edictalladung ist hier der Richter, bei welchem der Verstorbene seinen persönlichen Gerichtsstand hatte[8]. Unter den erschienenen Erbschaftsgläubigern kann nach Befinden über die Priorität ihrer Forderungen Streit entstehen[9].

§. 121.

Von dem Edictalverfahren zu Ermittelung der unbekannten Erben eines Verstorbenen.

Ist es ganz unbekannt, wer Erbe eines Verstorbenen oder eines für todt zu achtenden Abwesenden sei und ob überhaupt Erben zu dessen Nachlasse vorhanden seien[1], oder der Nachlaß als erbloses Gut behandelt werden müsse, so hat der Richter nach vor-

---

5 Geschärftes Banqueroutiermandat v. 20. Decbr. 1766. §. 16. C. C. A. I. p. 921 fg. Erklärt sich der Erbe nicht deutlich, so wird derselbe des Erbrechts verlustig und mit Eröffnung des Concurses verfahren. Angez. Banqueroutiermandat l. l.

6 Vergl. Haase l. l. p. 174. not. 25. Biener Syst. §. 291.

7 Angez. Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. III. vergl. mit §. I. sub 3a. u. Gesetz v. 27. October 1834. sub III.

8 Biener l. l. §. 275. u. Haase l. l. p. 58. n. 13. rechnen hierher auch den Gerichtsstand der gelegenen Erbschaft. Wenn aber dieser mit dem persönlichen Gerichtsstande nicht zusammenfällt, so kann die Edictalladung dort auch nicht erlassen werden. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 138. Die Lehnscurien sind dazu nur in Betreff der Lehnsfolge competent.

9 Vergl. oben §. 115 bei not. 14.

1 Ist die Existenz der Erben bekannt, ihr Aufenthaltsort aber unbekannt, so darf die Edictalladung auf sie nicht erstreckt werden. Vielmehr werden denselben in solchem Falle Abwesenheitsvormünder bestellt. Vormundschafts-Ordnung v. 10. October 1782. Cap. 25. §. 1 fg. C. II. C. A. I. p. 383 fg. Ober-Lausitzer Vormundschafts-Ordnung v. 13. März 1790. Cap. 25. §. 1 fg. C. II. C. A. III. p. 293 fg. Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. II. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Mandat v. 13. Novbr. 1779. C. II. C. A. I. p. 371 fg. Haase Edictalladungen p. 90. Biener Syst. §. 279. Ueber die Frage, ob es dem Erben gestattet sei, die Legatarien, von deren Leben oder Aufenthalte er keine Kenntniß hat, durch Edictalien bei Vermeidung der Präclusion vorladen zu lassen, siehe besonders Schmidt Diss. Num heredi legatarios, quorum vitam aut domicilium post testamenti tabulas apertas ignorat, per edictalem citationem cum comminatione praeclusionis junctam evocare

gängiger Versiegelung und Inventirung des Nachlasses auch Bestellung eines Nachlaßvertreters zu Ermittelung der unbekannten Erben und zu Sicherung der Erbschaftsgläubiger von Amtswegen[2] Edictalien zu erlassen[3]. Sind dagegen Erben vorhanden und fürchten diese, daß nähere Erben existiren möchten, so steht es denselben frei, zu ihrer eigenen Sicherung auf Erlassung von Edictalien anzutragen[4]. In beiden Fällen muß der Tod des Erblassers außer Zweifel sein[5]. Das Gesuch der bekannten Erben, welche das Dasein näherer oder doch gleich naher Erben fürchten, muß den Beweis des Todes des Erblassers[6], eine genaue Angabe

liceat, an non? Dresdae et Lipsiae 1840. u. das in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge IV. p. 470 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts, wo diese Frage mit Recht verneint wird.

[2] Gewöhnlich geht dieser Edictalladung ein Antrag des Nachlaßvertreters oder desjenigen voraus, welchem die Erbschaft vermöge seines Fiscalrechts als erbloses Gut zufallen würde.

[3] Mandat v. 13. Novbr. 1779. I. 1. sub 3 b. Schmidt Summ. Pr. §. 327. not. r. Haase l. l. p. 85 fg. Kind Quaest. For. II, 84.

[4] Angez. Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. I. sub 3 b. Kind l. l. Von Amtswegen und gegen den Willen der bekannten Erben darf die Edictalladung in solchem Falle in der Regel nicht erlassen werden, da das Mandat vom 31. Januar 1829. §. 112 fg. ausdrücklich vorschreibt, daß demjenigen, welcher auf das Erbrecht Ansprüche macht, der Beweis, daß nicht noch andere nähere oder gleich nahe gesetzliche Erben existiren, nur insoweit angesonnen werden dürfe, als diese Letzteren nothwendig existirt haben müssen, weil ohne sie der Erblasser oder der Kläger oder sie beide nicht existirt haben würden. Vergl. das angez. Mandat v. 31. Januar 1829. §. 120 u. 116. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 701. p. 179 fg. Doch genügt es, wenn der Impetrant nur beweist, daß seit der Geburt der zwischen ihm und dem Erblasser stehenden Person 90 Jahre verflossen sind. Angez. Mandat §. 118. Nur in dem Falle, wenn der Antragsteller diesen ausnahmsweise erforderlichen Beweis nicht führen kann, darf der Richter von Amtswegen zur Edictalladung schreiten. Dieß folgt aus §. 120 des angez. Mandats. Sind dagegen Edictalien bereits erlassen worden, so bedarf es dieser Beweisführung in keinem Falle. Höpfner Beiträge zur civilgerichtlichen Praxis I, 14. p. 81 fg. Ueber das ältere Recht s. Haase l. l. p. 92 fg. Kind l. l.

[5] Ueber das Verfahren, wenn dieß nicht der Fall ist, s. unten §. 122 fg.

[6] Denn dieser wird nicht vermuthet. Carpzov Jur. For. I, 16. def. 37. Leyser Med. ad Pand. Sp. 95. med. 24. Kind Diss. de successione in bona absentium, Lips. 1776. §. 3. Dieser Beweis des Todes wird geführt durch kirchliche oder obrigkeitliche Zeugnisse des Orts, wo der Erblasser verstorben ist. Carpzov l. l. def. 38. Leyser l. l. med. 17 u. 19; durch Zeugen, deren in der Regel zwei vereidete classische erfordert werden. Carpzov l. l. def. 37. Leyser l. l. med. 11. Wiesand Diss. de cura absentium, Vitemb. 1782. §. 15. Ist jedoch der Tod in sehr entlegenen Gegenden, zur See, in einem Treffen oder an anderen gefährlichen Orten oder unter Umständen erfolgt, welche den Tod wahrscheinlich machen, so ist sogar die Aussage eines Zeugen hinreichend. Rescript v. 26. Juni 1703. C. A. I. p. 1037. Rescript v. 12. Juni 1815. C. III. C. A. I. p. 182. Carpzov l. l. def. 37 u. 38. Leyser l. l. med. 15 u. 16. Hommel Rhaps. Obs. 656. n. 3. Durch bloße Gerüchte oder Zeitungsnachrichten wird der Tod nicht bewiesen. Leyser l. l. med. 21 u. 19. Wiesand Diss. laud.

seines Nachlasses, die Auseinandersetzung und Bescheinigung des dem Ansuchenden zustehenden Erbrechts und die Erklärung enthalten, daß man die Ansprüche näherer oder gleich naher Verwandter oder sonstiger Erbberechtigter fürchte. Auch bedarf es der bestimmten Versicherung, daß man dergleichen unbekannte Verwandte oder Erbberechtigte aller Mühe ungeachtet nicht habe auffinden können[7]. Die Edictalladung wird übrigens in dem Falle, wenn sie von Amtswegen erlassen wird, nach einer keineswegs zu rechtfertigenden Praxis zugleich mit der öffentlichen Aufforderung an alle Erbschaftsgläubiger verbunden[8]. Bei Edictalien, welche auf Antrag eines oder mehrerer bekannter Erben erlassen werden, geschieht dieß nur auf ausdrücklichen Antrag der Ansuchenden[9]. Die Ladung wird, wenn sonst die nöthigen Voraussetzungen vorhanden sind, in der gebetenen Maße erlassen und nach gesetzlicher Bestimmung auch in einer auswärtigen Zeitung inserirt[10]. In derselben hat der Richter ausdrücklich anzugeben, ob sich bereits Erben gemeldet haben, oder ob solche sonst bekannt geworden, und in welchem Grade dieselben mit dem ab intestato ver-

---

Vergl. überhaupt Leyser l. l. med. 11 fg. Haase l. l. p. 89. not. 8. Kind Diss. laud.

[7] Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. I. sub 3b. u. §. II. C. II. C. A. I. p. 367 fg.

[8] Vergl. Kind Quaest. For. I, 66. Für zulässig halten diese Ausdehnung der Edictalladung auf die Gläubiger Schott Diss. de citatione edictali in haereditatis absentium ob mortem praesumtam petitione jure Saxonico electorali praescripta, Lips. 1792. §. 6. Haase l. l. p. 97, indem sie behaupten, die Pflicht des Richters bringe es mit sich, auf die Rechte des Fiscus zu sehen und habe daher der Richter mit Hinsicht auf dessen Interesse bei der Edictalladung von Amtswegen dasselbe zu beobachten, worauf ein Ausbringer der Edictalaufforderung seines Vortheils wegen antragen könne. Allein dieser Grund genügt deßhalb nicht, weil dabei vorausgesetzt wird, daß die gleichzeitige Aufforderung der Gläubiger in allen Fällen wirklich ein Vortheil sei. Vergl. Kind l. l. I, 66, welcher mittheilt, daß das vormalige Appell.-Gericht die Vorladung der Gläubiger nur in dem Falle für zulässig geachtet habe, wenn darauf von Seiten eines Interessenten ausdrücklich angetragen worden ist. Hat also der Richter in der von Amtswegen erlassenen Edictalladung der Erben zugleich auch die Erbschaftsgläubiger vorgeladen, so werden diese Letzteren nicht präcludirt. Vergl. hierzu Hänsel Excurse zu Curtius I. p. 79. Mandat v. 31. Januar 1829. §. 134. und das in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verw. Neue Folge IV. p. 470 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[9] Kind l. l. I, 66. Ausgenommen ist nur der Fall, wenn die Insolvenz des Nachlasses wahrscheinlich ist. A. M. ist Volkmann l. l. §. 293. p. 404, indem er die Vorladung der Erbschaftsgläubiger auch dann für unzulässig hält, wenn der Ansuchende darauf angetragen hat.

[10] Angez. Mandat v. 13. Novbr. 1779. §. III. vergl. mit §. I. sub 3b. Gesetz v. 27. Octbr. 1834 sub III.

storbenen Erblasser verwandt sind. Ist ein Erbe nicht bekannt und im Anmeldungstermine gar niemand erschienen, so fällt die Erbschaft dem landesherrlichen oder obrigkeitlichen Fiscus als erbloses Gut zu[11]. Die Ausgebliebenen werden präcludirt und ihrer Ansprüche als Erben verlustig[12]. War die Ladung auf Antrag eines Erben zugleich an die Gläubiger erlassen worden, so werden auch die ausgebliebenen Gläubiger präcludirt[13]. Mit den erschienenen Interessenten hat der Contradictor, dessen Stelle nach Befinden der Nachlaßvertreter einnimmt, zu verfahren. Auch können zwischen den Erben oder Gläubigern selbst Prioritätsstreitigkeiten entstehen. Findet sich in Folge einer zugleich an die Erbschaftsgläubiger gerichteten Edictalladung, daß die Ansprüche der erschienenen Gläubiger so bedeutend sind, daß Insolvenz des Nachlasses vorliegt, so wird im Erkenntnisse auf das Erbrecht keine Rücksicht genommen[14]. Ist dieß aber nicht der Fall, so wird zunächst über die Erbansprüche der Erschienenen und sodann über die Ansprüche der Gläubiger und zwar ohne Berücksichtigung der Prioritätsverhältnisse erkannt[15] und die nach Ablauf eines gemeinen Jahrs, von der Publication des Präclusivbescheids angerechnet, zu bewirkende Ausantwortung des Nachlasses an die Erben ausgesprochen[16]. Auch kann in solchem Falle auf Beweis der dem einen oder dem anderen Gläubiger zustehenden Forderungen erkannt oder der Gläubiger zu Anstellung besonderer Klage verwiesen werden[17]. Competent ist hier der Richter, bei welchem der Verstorbene seinen persönlichen Gerichtsstand hatte[18]. Die

---

11 Const. Elect. 38. P. III. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. Mandat v. 31. Januar 1829. §. 132 u. 133. Kind Quaest. For. IV, 33. Curtius Handbuch §. 854.

12 Angez. Mandat v. 13. Novbr 1779. §. IV. Von den dem Fiscus vorgehenden subsidiarischen Erben gilt dieß nicht. A. M. ist Haase l. l. p. 98. not. 27.

13 Vergl. oben not. 8.

14 Haase l. l. p. 100. Hier wird also ein förmliches Locationsurthel gefällt. Haase l. l.

15 Haase l. l.

16 Sobald dieses Erkenntniß rechtskräftig geworden und die jährige Frist verstrichen ist, hat der bisherige Verwalter des Nachlasses über die geführte Verwaltung Rechnung abzulegen und den Nachlaß gegen gerichtliche Quittung herauszugeben. Haase l. l.

17 Haase l. l. p. 100 fg. Biener l. l. §. 280.

18 Haase l. l. p. 94. not. 18. Biener l. l. §. 275, welche auch das Forum des Antragstellers für competent halten. Das Forum der gelegenen Erbschaft ist als solches nicht zuständig, es müßte denn der Verstorbene als Fo-

Verbindung mehrerer die Ermittelung unbekannter Erben betreffender Edictalladungen ist zulässig und bei Nachlässen, deren Betrag gering ist, zu Vermeidung unverhältnißmäßiger Unkosten sogar häufig rathsam.

§. 122.

Von dem Edictalverfahren wegen der Todeserklärung eines Abwesenden *

Die Vermuthung des Todes eines Abwesenden tritt nach Sächsischem Rechte [1] nur dann ein, wenn derselbe verschollen ist, d. h. nachdem er in die Fremde [2] gegangen oder vermißt worden ist [3], binnen der letzten 20 Jahre von seinem Leben und Aufenthalte an seine Anverwandten oder an die Obrigkeit des Orts, wo er sich zuletzt aufgehalten, oder wo sein Vermögen befindlich [4],

---

rensis seinen Wohnort im Auslande gehabt haben. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 138. Handelt es sich um die Lehnsfolge, so ist die betreffende Lehnscurie competent. Biener l. l.

* Mandat die Edictalcitationen betr. v. 13. Novbr 1779. §. I. sub 3b. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Mandat die Verkürzung der cura absentium betr. v. 13. Novbr 1779. C. II. C. A. I. p. 371 fg. Kind Diss. de successione in bona absentium, Lips. 1776. Schott Diss. de citatione edictali in haereditatis absentium ob mortem praesumtam petitione jure Saxonico Electorali praescripta, Lips. 1791. übersetzt von Göbel, Wittenberg 1793. Ejusdem Progr. de haereditate absentis ob mortem praesumtam jure Saxonico Electorali rite adquirenda, Lips. 1792. Brehm Diss. de citatione edictali in causis absentium et de successione in eorum bona, Lips. 1829. Stuebel Diss. de vera indole ac vi declarationis pro mortuo, Lips. 1830. Leyser Med. ad Pand. Sp. 95 u. 96. Hommel Rhaps. Obs. 106 u. 107. Kind Quaest. For. I, 64. Haase Edictalladungen pag. 101 fg. Biener Syst. §. 276. Kori Summ. Pr. §. 147. Volkmann l. l. §. 295. p. 411 fg.

1 Angez. Mandat die Verkürzung der cura absentium betr. vom 13. Novbr 1779. C. II. C. A. I. p. 371 fg. Curtius Handbuch I. §. 65 fg. und 388 fg. Hänsel Bemerkungen und Excurse I. p. 75 fg. III. p. 498 fg. Haubold Lehrbuch §. 53 fg. u. 305.

2 Zunächst hat man wohl an das Ausland gedacht. Indeß muß die gesetzliche Bestimmung auch auf solche angewendet werden, welche, soviel man weiß, nur an einen anderen Ort im Inlande gezogen sind. Nur muß sich der Richter zuvörderst bei der Obrigkeit des Orts, wohin sich der Abwesende gewendet hat, nach Leben und Aufenthalt desselben vergeblich erkundigt haben. Haase l. l. p. 106. Forenses, welche in Sachsen ihren Wohnort gar nicht haben, können für todt erklärt werden, wenn 20 Jahre verflossen sind, seitdem sie ihren bekannten Wohnort im Auslande verlassen haben, oder die Grundstücke ihnen zugefallen sind und seitdem keine Nachricht von ihnen eingegangen ist. Haase l. l. p. 106 fg.

3 Auf die Ursache der Abwesenheit kommt nichts an. Schott Diss. laud. p. 13.

4 Dieß wird nach der Praxis auch auf Freunde, Geschäftsführer und dritte

keine Nachricht gegeben hat [5]. Ist der Abwesende erst nach erfülltem 50sten Lebensjahre abwesend geworden, so tritt diese Vermuthung des Todes schon mit dem Zeitpunkte ein, wo er das 70ste Lebensjahr erreicht hat, und entfernte er sich erst nach zurückgelegtem 65sten Lebensjahre, so wird derselbe schon nach Verlauf von 5 Jahren für todt geachtet [6]. Von denjenigen Militairpersonen und Anderen, welche in den Feldzügen von 1812 und 1813 dem Lager und der Armee haben folgen müssen und weder aus diesen Feldzügen zurückgekehrt sind, noch nach Beendigung des Feldzugs von 1813 eine Nachricht von sich gegeben haben, gilt dieß nicht. Vielmehr ist bei diesen die Vermuthung des Todes mit dem 22. September 1826 eingetreten [7]. Der Eintritt der Vermuthung, daß ein Verschollener todt sei, reicht aber allein zur gerichtlichen Todeserklärung nicht hin. Vielmehr bedarf es dazu in allen Fällen einer zu diesem Zwecke erlassenen Edictalladung, in Folge deren der Abwesende von seinem Leben keine Nachricht gegeben hat. Diese Edictalladung wird gewöhnlich auf Antrag der Erben des Verschollenen oder auf Antrag des demselben bestellten Abwesenheitsvormunds [8], oder des Fiscus er-

---

Personen ausgedehnt. Schott Diss. laud. p. 37. Schott institutiones jur. Sax. Elect. privati Ed. III. Hauboldi Lips. 1795. p. 40. Haase l. l. pag. 105.

[5] Dieser Zeitraum wird in dem Falle, wenn man vom Verschollenen nach seiner Entfernung gar keine Nachricht erhalten hat, von dem Tage an gerechnet, wo derselbe weggegangen oder vermißt worden, im entgegengesetzten Falle von dem Tage an, wo die letzte Nachricht von ihm eingegangen ist. War die letzte Nachricht eine briefliche, so kommt es nicht auf den Tag der Absendung, sondern auf den Tag des Eingangs an. Vergl. angez. Mandat die Verkürzung der cura absentium betr. v. 13. Novbr 1779. Haase l. l. p. 105. not. 13. A. M. sind Brehm Diss. laud. p. 5. Volkmann l. l. §. 295. not. d. pag. 412, indem sie das Datum des Briefs als den terminus, a quo betrachten. Die Behauptung Volkmanns l. l. not. c. pag. 411, daß hinsichtlich des Tags, von welchem an die Frist zu rechnen sei, zwischen der 20jährigen und der 5jährigen Frist ein Unterschied stattfinde, indem die letztere Frist immer von Zeit der Entfernung an berechnet werden müsse, beruht auf einem Mißverständnisse der not. e. in Curtius Handbuch I. §. 65. Allein das Rescript vom 21. Septbr 1780, auf welches dieser Bezug nimmt, bestimmt, wie sich von selbst versteht, nichts Neues, da in der Regel der Tag der Entfernung der terminus, a quo sein muß, und ein späterer Anfangspunkt nur dann nöthig wird, wenn der Abwesende später Nachricht von sich gegeben hat. Der im Texte angegebene Grundsatz gilt übrigens auch von Minderjährigen. Schott Diss. laud. p. 27. Haase l. l. p. 104 fg.

[6] Angez. Mandat die Verkürzung der cura absentium betr. vom 13. Novbr 1779.

[7] Patent vom 9. September 1826. Mandat vom 31. Januar 1829. §. 27.

[8] Vormundschafts-Ordnung v. 10. October 1782. Cap. 25. §. 1.

lassen, welcher den Nachlaß als erbloses Gut in Anspruch nimmt, und daher ein solcher Antrag abgewartet. Indeß ist es in dem Falle, wenn Erbinteressenten nicht bekannt sind [9] und der Antrag vom Abwesenheitsvormunde oder vom Fiscus nicht gestellt wird, dem Richter gestattet, die Edictalladung von Amtswegen zu erlassen, damit das Vermögen des Verschollenen als erbloses Gut dem Fiscus zugesprochen werde [10]. Ist die Existenz von Erbinteressenten, nicht aber ihr Aufenthaltsort bekannt, und haben dieselben Bevollmächtigte nicht zurückgelassen, so hat der Richter vor Erlassung der Edictalladung auch diesen Erbinteressenten Abwesenheitsvormünder zu bestellen [11], falls dieß nicht bereits früher geschehen ist. Auf Antrag der Gläubiger des Verschollenen wird die Edictalladung nicht erlassen, da sich diese an den Abwesenheitsvormund zu halten berechtigt sind [12]. Ueberhaupt geht der Zweck dieser Ladung ausschließlich auf die Möglichkeit der Succession [13]. Competent ist der Vormundschaftsrichter, also derjenige, bei welchem der Verschollene zuletzt vor seinem Weggange seinen persönlichen Gerichtsstand gehabt, oder wenn ein solcher persönlicher Gerichtsstand nicht vorhanden ist, derjenige Richter, in dessen Gerichtsbezirke das Vermögen des Verschollenen gelegen ist [14]. Die wegen der Todeserklärung verschollener Militairpersonen zu er-

---

C. II. C. A. I. p. 383 fg. Schott Diss. laud. p. 45. Haase l. l. p. 112. Vergl. oben §. 121. not. 1.

[9] Aber auch nur in diesem Falle. Kind Quaest. For. II, 84. Kori Summ. Pr. §. 147.

[10] Vergl. das angez. Mandat die Verkürzung der cura absentium betr. v. 13. Novbr 1779. Mandat die Edictalcitationen außerhalb des Concurses betr. v. 13. Novbr 1779. §. I. sub 3 b. Haase l. l. p. 112. Dieß darf nicht eher geschehen, als bis die Edictalien erlassen, die möglicher Weise vorhandenen Erben öffentlich vorgeladen und präcludirt worden sind. Mandat v. 31. Januar 1829. §. 134. Wird die Vorladung nur von Amtswegen erlassen, so dürfen die Gläubiger nicht mit vorgeladen werden. Vergl. das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge IV. p. 470 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts und unten not. 20.

[11] Vormundschafts-Ordnung v. 10. Octbr 1782. Cap. 25. §. 1 fg. C. II. C. A. I. p. 383 fg. Ober-Lausitzer Vormundschafts-Ordnung v. 13. März 1790. Cap. 25. §. 1 fg. C. II. C. A. III. p. 293 fg. Mandat, die Edictalcitationen betr. v. 13. Novbr 1779. §. II. Biener l. l. §. 279.

[12] Schott Diss. laud. p. 46. Haase l. l. p. 112. not. 30.

[13] Stuebel Diss. laud. §. 14. Also nicht auf Ehescheidung. Biener l. l. §. 276. not. 2. Stuebel Diss. laud. l. l. Vergl. unten §. 147.

[14] Angez. Vormundschafts-Ordnung v. 10. Octbr 1782. Cap. 25. §. 4. Schott Diss. laud. p. 45 fg. Haase l. l. p. 114. Kori l. l. §. 147. Liegt in solchem Falle des Abwesenden Vermögen in verschiedenen Gerichtsbezirken, so ist Bericht zu erstatten und um Delegation zu bitten. Vormundschafts-Ordnung l. l.

lassende Edictalladung gehört vor das Civilgericht[15]. Das Gesuch um Edictalladung muß enthalten[16]: die Bezeichnung des Verschollenen, nach Geburt, Herkunft, Stand und Wohnort[17], die Zeit, zu welcher er sich entfernt hat oder vermißt worden ist, die Angabe des Mangels an Nachricht während desjenigen Zeitraums, welcher im concreten Falle zum Eintritt der Vermuthung des Todes erfordert wird, die Darlegung des eigenen Interesses und die Versicherung, daß man auf Erforschung des Lebens und Aufenthalts des Verschollenen vergebliche Mühe verwendet habe[18]. Auch bedarf es nach Befinden der Angabe und sofortigen Bescheinigung des Lebensalters des Verschollenen. Ebenso muß in dem Falle, wenn zu Begründung des Antrags die Beziehung auf den Mangel an Nachricht während der letzten 20 Jahre erfordert wird, dieser Umstand vom Antragsteller einigermaßen bescheinigt werden, was in Ermangelung anderer Beweismittel durch das Erbieten zur eidlichen Bestärkung geschehen kann[19]. Damit wird die Bitte verbunden, den Verschollenen mittelst Edictalladung zur Rückkehr oder Nachrichtsertheilung von seinem Leben unter der Verwarnung aufzufordern, daß er im entgegengesetzten

---

[15] Verordnung v. 2. April 1835. §. 17. Dieß gilt seit dem 1. November 1835. Angez. Verordnung l. l.

[16] Nach dem Mandat die Verkürzung der cura absentium betr. v. 13. Novbr 1779 gelten auch von dieser Edictalladung die Bestimmungen des Mandats die Edictalcitationen betr. v. 13. Novbr 1779.

[17] Zweifel über die Identität der Person sind zu erledigen, bevor zur Edictalladung verschritten werden darf. Vergl. unten not. 24.

[18] Volkmann l. l. §. 295. not. m. pag. 413. hält dieß hier für unnöthig, indem er sich dabei auf Brehm Diss. laud. p. 4. bezieht, dessen Behauptung, daß der vom Impetranten zu leistende Eid — s. unten bei not. 19 — auch von dem geschworen werden könne, der auf die Erforschung des Lebens und Aufenthalts keine Mühe verwendet habe, ganz richtig ist, da sich dieser Eid darauf gar nicht bezieht.

[19] Mandat die Verkürzung der cura absentium betr. v. 13. November 1779. Rescript an den Leipziger Stadtrath v. 21. Octbr 1780. C. II. C. A. I. p. 379. Schott Diss. laud. p. 35. Haase l. l. p. 107 fg. Kori l. l. §. 147. Dieser Eid wird in der Regel zum Endurkenntniß ausgesetzt. Kori l. l. Indeß werden die Interessenten auf die Nothwendigkeit, diesen Eid zu leisten, zweckmäßig gleich Anfangs aufmerksam gemacht. Schott l. l. p. 36. Diese Aussetzung des Eides zum Enderkenntnisse ist schon deßhalb rathsam, weil der Verschollene später noch Nachricht gegeben haben kann. Der Eid muß übrigens von allen Antragstellern geleistet werden. Räumt ein Einziger ein, daß er später Nachricht erhalten habe, so ist die Todeserklärung unstatthaft. Merkwürdiger Weise behauptet Brehm l. l. p. 5, der Erbtheil der Nichtschwörenden falle dann den übrigen Miterben zu. Bezieht sich der Antragsteller darauf, daß der Verschollene das 70ste Lebensjahr erreicht habe, oder bereits 5 Jahre abwesend sei, so bedarf es dieser Bescheinigung nicht. Schott Diss. laud. p. 34. Haase l. l. p. 110.

Falle für todt erklärt werden würde, denselben im Falle seines Ausbleibens für todt zu erklären und nach Befinden den Nachlaß seinen Erben auszuantworten. Außerdem wird das Gesuch in der Regel auf Edictalladung der etwaigen Erbinteressenten und der Gläubiger des Nachlasses[20] ausgedehnt[21]. Wird die Edictalladung von Amtswegen erlassen, so werden die Erbinteressenten in allen Fällen zugleich mit vorgeladen[22]. Dagegen ist die Vorladung der Gläubiger in solchem Falle keineswegs zuläßig, es müßte denn die Insolvenz des Nachlasses wahrscheinlich sein[23]. In der Edictalladung selbst hat der Richter außer den erwähnten zu Begründung des Gesuchs erforderlichen Thatumständen die Veranlassung zur Erlassung der Edictalladung, und wenn dieselbe auf Antrag eines Anverwandten erlassen wird, den Verwandtschaftsgrad desselben ausdrücklich aufzunehmen und den Verschollenen selbst[24] unter der Verwarnung der Todeserklärung, die zugleich mit vorgeladenen Erbinteressenten und Gläubiger aber bei Verlust ihrer Ansprüche an den Nachlaß des Verschollenen vorzuladen[25]. Auch wird damit nach allgemeinen Grundsätzen die Androhung des Verlusts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Aufforderung an die Erbinteressenten und Gläubiger verbunden, am Gerichtsorte einen mandatarius ad insinuandum zu bestellen[26]. Die Edictalladung muß auch in einer auswärtigen Zeitung inserirt werden[27]. Die gleichzeitige

---

[20] Auf die Vorladung der Erbschaftsgläubiger kann auch der Fiscus antragen. Dem Nachlaßvertreter ist dieß nicht gestattet.

[21] Vergl. Hommel Rhaps. Obs. 106. Kind Quaest. For. I, 66. pag. 430 fg. Haase l. l. p. 113 fg. Biener l. l. §. 276. Kori l. l. §. 147. Stuebel Diss. laud. §. 11.

[22] A. M. ist Volkmann l. l. §. 295. p. 415, welcher aber übersieht, daß die Edictalcitation nur dann von Amtswegen erlassen werden darf, wenn die Erbinteressenten unbekannt sind. Vergl. oben bei not. 9.

[23] Kind l. l. Stuebel l. l. A. M. ist Biener l. l. u. §. 280. S. aber §. 276. not. 5.

[24] Dieser muß genau bezeichnet, also auch seine Identität bereits festgestellt sein, bevor zu Erlassung der Edictalladung verschritten werden kann. Volkmann l. l. §. 295. not. q. pag. 415.

[25] Haase l. l. p. 114 fg. Die Testamentserben, welche sich aus Unkunde der Testamentserrichtung nicht angemeldet haben, werden nicht präcludirt, falls sie sich nur innerhalb der einjährigen Restitutionsfrist nachträglich noch melden. Dieß folgt aus dem Mandat v. 30. October 1826.

[26] Mandat, die Edictalcitationen betr. v. 13. Novbr 1779. §. III.

[27] Mandat, die Edictalcitationen betr. v. 13. Novbr 1779. §. III. vergl. mit §. I. sub 3 b. Rescript v. 12. Septbr 1785. C. III. C. A. I. p. 193. Vergl. auch das Rescript v. 21. Septbr 1786. C. II. C. A. I. p. 491.

Vereinigung mehrerer solcher Edictalladungen ist zu Vermeidung unverhältnißmäßiger Unkosten gestattet[28].

§. 123.

Fortsetzung.

In Betreff des Erfolgs dieser wegen Todeserklärung eines Abwesenden zu erlassenden Edictalladung sind folgende Fälle zu unterscheiden. Entweder der Verschollene erscheint in dem anberaumten Anmeldungstermine, oder vor demselben, persönlich[1] oder durch einen gehörig[2] legitimirten Bevollmächtigten und trägt auf Beendigung der Abwesenheitsvormundschaft und Ausantwortung seines Vermögens an. In solchem Falle wird seinem Antrage gefügt, der bestellte Abwesenheitsvormund nach abgelegter Vormundschaftsrechnung und gerichtlicher Quittirung entlassen, und das Vermögen unter Concurrenz der obervormundschaftlichen Behörde ausgeantwortet, auch nach Befinden der noch bevorstehende Anmeldungstermin durch öffentliche Bekanntmachung in den Zeitungen wieder aufgehoben[3]. Oder die bekannten Erbinteressenten sind nicht im Stande, den ihnen über den Mangel an Nachricht während der letzten 20 Jahre abgeforderten, zum Erkenntnisse ausgesetzt gewesenen Eid zu leisten[4] und müssen zugestehen, daß sie innerhalb dieses Zeitraums Nachricht erhalten haben, oder es wird auf andere Weise, namentlich durch die Intervention dritter Personen[5] juristisch gewiß, daß der Abwesende noch lebt oder doch nach Beginn des im concreten Falle gesetzlich erforderlichen Zeitraums noch gelebt habe. In den beiden letzteren Fällen wird die gesetzliche Vermuthung des Ablebens zerstört und daher unter Zurückweisung der Antragsteller die Ver-

---

[28] Schott Diss. laud. p. 53. Haase l. l. p. 115 fg. Biener l. l. §. 276. Kori l. l. §. 147 am Ende.

[1] Dann muß er die Identität seiner Person nachweisen, falls er nicht von den Interessenten anerkannt wird.

[2] Dazu wird es immer der gerichtlichen Recognition der Vollmacht bedürfen.

[3] Vormundschafts-Ordnung v. 10. Octbr. 1782. Cap. 25. §. 10. Haase l. l. p. 118 fg.

[4] Vergl. oben §. 122 bei not. 19. Daß es eines solchen Eides nur dann bedürfe, wenn der Antragsteller sich auf 20jährige Abwesenheit bezogen hat, ist oben §. 122. not. 19 am Ende erwähnt worden.

[5] Dieselben brauchen vom Abwesenden dazu nicht beauftragt worden zu sein. Mevius Decis. IV, 361. Haase l. l. p. 117. not. 39.

mögensverwaltung fortgesetzt[6]. Ueber die Frage, ob die Vermuthung des Todes unterbrochen worden sei, kann Streit zwischen den Betheiligten entstehen und muß in solchem Falle darüber im Erkenntnisse mit erkannt werden. Ist dagegen weder bis zum Anmeldungstermine, oder in demselben, der Verschollene erschienen, noch sonst die Vermuthung seines Ablebens unterbrochen worden, so wird der Abwesende für todt erklärt. Außerdem werden diejenigen Erbinteressenten und die etwa zugleich mit vorgeladenen Gläubiger, welche im Anmeldungstermine ausblieben, präcludirt[7]. Ueber die Zulässigkeit der Todeserklärung und über die Zeit, von wenn an die Präsumtion des Todes eingetreten, namentlich auch darüber, ob diese Präsumtion durch den Beweis des wirklichen Ablebens entkräftet worden sei, sowie über die Ansprüche der erschienenen Erbinteressenten oder Gläubiger wird zwischen diesen und dem Abwesenheitsvormunde als Contradictor vor dem Erkenntnisse verfahren[8]. Auf gleiche Weise kann zwischen den erschienenen Erbinteressenten und dem Fiscus, oder, wenn Erbinteressenten nicht erschienen sind, zwischen dem Abwesenheitsvormunde und dem Fiscus, welcher das Vermögen des Verschollenen als erbloses Gut in Anspruch nimmt, ein Verfahren nöthig werden. Nach Erledigung dieser Vorfragen durch rechtskräftiges Erkenntniß und nach Ablauf der von der Publication desselben an zu rechnenden einjährigen Restitutionsfrist, deren Einhaltung im Erkenntnisse ausdrücklich ausgesprochen ist, wird das Vermögen des für todt Erklärten unter Rechnungsablegung und Quittirung vom Abwesenheitsvormunde an die erschienenen Erben, oder wenn solche gar nicht vorhanden, als erbloses Gut an den Fiscus herausgegeben[9], es müßte denn wegen Insolvenz des Nachlasses mit Eröffnung des Concurses zu verfahren sein.

Die Todeserklärung im Erkenntnisse enthält die Erklärung des Richters, daß auf den Grund der gesetzlich erforderlichen Voraussetzungen, namentlich der fruchtlos erlassenen Edictalladung anzunehmen sei, der Abwesende sei an dem Tage gestorben, wo die

---

6 Kori Summ. Pr. §. 147.

7 Mandat die Edictalcitationen betr. v. 13. Novbr 1799. §. IV. C. II. C. A. I. p. 367 fg.

8 Biener Syst. §. 280.

9 Vormundschafts-Ordnung v. 10. October 1782. Cap. 25. §. 10. Haase l. l. p. 119 fg. u. 126 fg.

zur Vermuthung des Todes erforderliche Zeit abgelaufen war[10]. Nach diesem Zeitpunkte sind also auch die etwa mit einander collidirenden Rechte der erschienenen Erbinteressenten zu beurtheilen[11]. Wird im Laufe des Verfahrens das wirkliche Ableben des Verschollenen juristisch gewiß, so tritt keine Todeserklärung ein und das Vermögen des Verstorbenen wird denjenigen zugesprochen und ausgeantwortet, welche am Todestage die nächsten Erben waren[12]. Zur Bescheinigung des wirklichen Ablebens des Abwesenden genügt bisweilen ein classischer vereideter Zeuge[13]. Das nach dem wirklichen Todestage oder nach der Zeit, wo die rechtskräftig anerkannte Vermuthung des Ablebens eingetreten ist, dem Abwesenden von außen her zugefallene Vermögen wird dadurch nicht betroffen, da dasselbe dem Todten nicht zufallen konnte[14]. Nach rechtskräftig gewordener Todeserklärung nützt der Nachweis des wirklichen Todestags nichts mehr[15]. Die Todeserklärung ist übrigens streng zu interpretiren und auf das im Auslande liegende Vermögen nicht zu erstrecken[16].

Kehrt der für todt Erklärte nach Eintritt der Rechtskraft des Erkenntnisses, in welchem die Todeserklärung enthalten ist und zwar vor Ablauf des gemeinen Jahres zurück, innerhalb dessen er die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geltend machen kann, und vermag er den Ungehorsam abzulehnen, so wird ihm diese Wiedereinsetzung ertheilt und die bereits rechtskräftig gewordene Todeserklärung ungültig[17]. Nach Verlauf

---

[10] Also mit dem Ablaufe der 20jährigen Frist, worin der Verschollene vor erfülltem 50sten Lebensjahre sich entfernte, oder mit dem erfüllten 70sten Lebensjahre, oder mit dem Ablaufe der 5jährigen Frist, wenn der Verschollene nach dem 65sten Lebensjahre sich entfernte. Mandat die Verkürzung der cura absentium betr. v. 13. Novbr 1779. C. II. C. A. I. p. 371 fg. Rescript v. 16. Juni 1790. C. II. C. A. I. p. 503. Mandat v. 31. Januar 1829. §. 27. Kind Quaest. For. I, 64. Biener l. l. §. 276.

[11] Angez. Mandat v. 31. Januar 1829. §. 27. Leyser Med. ad Pand. Sp. 96. med. 9. Hommel Rhaps. Obs. 107. Kind Diss. laud. Lips. 1776. Ejusdem Quaest. For. I, 64. p. 423 fg. Wer also zu dieser Zeit der nächste Intestaterbe war, succedirt, es müßten denn Vertrags- oder Testamentserben vorhanden sein.

[12] Mandat v. 31. Januar 1829. §. 26 u. 27. Ueber den Beweis des Todes s. oben §. 121. not. 6.

[13] S. oben §. 121. not. 6.

[14] Haase l. l. p. 127. u. not. 69 daselbst. Biener l. l. §. 276.

[15] Haase l. l. p. 137.

[16] Haase l. l. p. 143 fg. u. 148 fg. Biener l. l. §. 279. Vergl. Hommel l. l. Obs. 409.

[17] Mandat die Verkürzung der curae absentium betr. v. 13. Novbr 1779.

des Restitutionsjahres wird zwar die Vermuthung des Ablebens durch die Rückkehr des Verschollenen an sich ebenfalls widerlegt, allein des ihm vor dem präsumtiven Todestage zugehörigen Vermögens bleibt er verlustig, und nur dasjenige Vermögen, welches ihm nach diesem Tage zugefallen ist, kann er jure postliminii beanspruchen, so lange ihm nicht die Verjährung im Wege steht[18]. Auch stehen demjenigen, welcher den Besitz dieses Vermögens in Folge der Todeserklärung erlangt hat, bei der Herausgabe desselben die Rechte des redlichen Besitzers zu, da der Staat für den Abwesenden von Zeit der rechtskräftigen Todeserklärung an durch Bestellung eines Abwesenheitsvormunds nicht mehr zu sorgen hat[19].

§. 124.

Von dem Edictalverfahren wegen Ermittelung der unbekannten Interessenten an einem Fideicommisse.

Entstehen Zweifel darüber, wer in dem Falle, wenn der heres substitutus oder dessen Descendenten mit Tode abgegangen sind, Fideicommißberechtigter sei und ob solche überhaupt noch vorhanden seien, oder wünschen die vorhandenen Interessenten, welche eine Aenderung in Betreff des Fideicommisses oder eine Verfügung darüber zu treffen beabsichtigen, mit Bestimmtheit zu wissen, ob noch außer ihnen Interessenten existiren[1], so kann der Richter, wenn gar keine Fideicommißberechtigte vorhanden sind, von Amtswegen[2], im entgegengesetzten Falle auf Antrag der vorhandenen Interessenten, zu Ermittelung der unbekannten Interessenten mit Erlassung von Edictalien verfahren[3]. Competent ist der Richter,

---

[18] Haase l. l. p. 122 fg. Biener l. l. §. 279. Dieß erhellt aus den beiden Mandaten v. 13. Novbr 1779. Ueber das ältere Recht s. Leyser l. l. Sp. 95. med. 26.

[19] Schott Diss. laud. p. 11. Haase l. l. p. 123. not. 58. Biener l. l. §. 279.

[1] Namentlich gehört hierher auch der Fall, wenn Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß der derzeitige Fideicommissar der letzte und alleinige sei und derselbe dieß mit Bestimmtheit zu wissen wünscht, um über das Fideicommiß frei verfügen zu können. Vergl. Decis. Elect. 10. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg. Erläuterungsrescript v. 21. Juli 1813. C. III. C. A. I. p. 276. Extract eines Allerhöchsten Decrets v. 21. Juni 1820. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 192. Hering Diss. laud. p. 36. Haase Edictalladungen p. 77 fg.

[2] Haase l. l. p. 79. Vergl. auch Mandat die Edictalcitationen betr. v. 13. Novbr 1779. §. I. sub 3b. C. II. C. A. I. p. 367 fg.

[3] Angez. Mandat v. 13. Novbr 1779. §. I. sub 4. Haase l. l. p. 75 fg.

welchem die fideicommissarischen Güter unterworfen sind. Dieß gilt auch von Lehngütern[4]. Indeß kann auch der persönliche Richter des Erblassers, welcher die Nachlaßregulirung besorgt, mit Erlassung dieser Edictalladung verfahren[4b]. Betrifft das Fideicommiß bewegliche Sachen, so wird die Edictalladung in der Regel von dem persönlichen Richter des verstorbenen Fideicommissars, oder bei dem persönlichen Richter des derzeitigen Fideicommissars erlassen[5]. Der Antragsteller hat sein Gesuch um Edictalladung nach Maßgabe dieser Grundsätze gehörig zu begründen und ausdrücklich zu versichern, daß er zu Ermittelung unbekannter Fideicommißberechtigter allen Fleiß angewendet habe. Die Edictalladung muß auch in einer auswärtigen Zeitung inserirt werden[6]. Melden sich in Folge dieser Ladung gar keine Interessenten, so werden die Ausgebliebenen präcludirt und das Fideicommiß, falls die Ladung von Amtswegen erlassen war, und sonst dazu die nöthigen Voraussetzungen vorhanden sind[7], nach Verlauf eines gemeinen Jahres von der Publication des Präclusivbescheids angerechnet, als herrenloses Gut confiscirt, im entgegengesetzten Falle nach Ablauf der nämlichen Frist dem Antragsteller nach Verschiedenheit der Fälle entweder das Fideicommiß, oder wenn er schon im Besitz ist, die freie Disposition darüber zugesprochen. Sind Interessenten im Anmeldungstermine erschienen, so wird zwischen ihnen und dem Antragsteller oder einem zu diesem Zwecke bestellten Contradictor über die Berechtigung verfahren, und darüber sowohl, als über etwa entstandene Prioritätsstreitigkeiten mittelst Erkenntnisses entschieden, auch in diesem Erkenntnisse die Beobachtung der einjährigen Restitutionsfrist aus-

---

Siehe einen merkwürdigen Fall dieser Art in Kritz Sammlung von Rechtsfällen III, 12. p. 256 fg.

[4] Haase l. l. p. 79. not. 11. Vergl. §. 23. sub 2. des C. Gesetzes vom 28. Januar 1835.

[4b] Denn das forum rei sitae concurrirt mit dem persönlichen Gerichtsstande electiv. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 139.

[5] Das Gesetz bestimmt darüber nichts und gelten also hier die allgemeinen Grundsätze. Vergl. Biener l. l. §. 275. u. Volkmann l. l. §. 294. p. 408.

[6] Angez. Mandat v. 13. Novbr 1779. §. III. vergl. mit §. I. sub 4. Gesetz v. 27. Octbr 1834. sub III.

[7] Mit Recht bemerkt Volkmann l. l. §. 294. p. 409, daß auch in dem Falle, wenn die Ladung von Amtswegen erlassen war und im Anmeldungstermine Niemand erschienen ist, nach Befinden noch Intestaterbfolge eintreten und deßhalb allein das Fideicommiß vom Fiscus noch nicht als bonum vacans in Anspruch genommen werden könne.

drücklich ausgesprochen. Uebrigens ist es hierbei gleichgültig, ob das Fideicommiß ein fideicommissum universale oder singulare ist[8].

§. 125.

Von dem Edictalverfahren wegen Ermittelung der unbekannten Interessenten an Lehnsportionen oder Lehnsquantis.

Ist ein Lehns- oder Reversquantum, oder eine Lehnsportion nicht zu Lehn aufgetragen, sondern nur durch Vertrag oder letzten Willen festgesetzt, also nicht als Lehn verliehen, sondern nur der Succession halber als Lehn zu betrachten, hat dasselbe daher die Natur des Allodialvermögens[1], so kann bei der Vererbung oder Disposition des letzten Berechtigten, oder bei der Auszahlung oder Theilung des Lehnsquantum darüber Zweifel entstehen, ob nicht unbekannte Theilhaber vorhanden seien, welche darauf Ansprüche haben, es müßte denn das Absterben aller Berechtigten genügend beigebracht werden[2]. Zu Beseitigung dieser Zweifel können nach Königlich Sächsischem Rechte diejenigen, welche Ansprüche an das betreffende Lehnsquantum machen zu können glauben, zu Geltendmachung dieser ihrer Ansprüche edictaliter aufgefordert werden. Die Edictalladung wird nur auf Antrag desjenigen erlassen, der an der Ermittelung der Berechtigten ein Interesse hat[3]. Der Antragsteller hat das Lehnsquantum nach seinem Gegenstande, der Entstehung und Modalität genau zu bezeichnen, die ursprünglichen sowohl, als die letzten bekannten Interessenten und Percipienten zu nennen, dabei sein eigenes Interesse zu begründen und zu bescheinigen[4], auch ausdrücklich zu versichern, daß er die unbekannten Berechtigten ausfindig zu machen, vergeblich sich bemüht habe. Von der Competenz gelten die oben §. 124. von der Ermittelung unbekannter Fideicommißinteressenten erwähnten Grund-

---

8 Angez. Mandat v. 13. Novbr 1779. §. I. sub 4.

1 Von Lehnsstämmen, Geldlehnen im engeren und eigentlichen Sinne gilt dieß also nicht. Vergl. Verordnung der Landesregierung vom 6. Juli 1831. Kind Quaest. For. I, 14. p. 133 fg. Haase Edictalladungen p. 81 fg.

2 Mandat, die Edictalcitationen betr. vom 13. Novbr 1779. §. I. sub 5.

3 Vergl. Haase l. l. p. 83. not. 8.

4 Haase l. l. p. 84.

sätze ebenfalls[5]. Die im Anmeldungstermine ausgebliebenen Interessenten werden ihrer Ansprüche mittelst Präclusivbescheids für verlustig erklärt, dagegen die Ansprüche der Erschienenen nach deren vorgängiger Begründung und Nachweisung, auch darüber abgesetztem Verfahren, im Erkenntnisse anerkannt und demgemäß berücksichtigt. Uebrigens ist auch hier die von Publication des Präclusivbescheids an laufende einjährige Frist zur Restitution zu beachten. Prioritätsstreitigkeiten zwischen den erschienenen Interessenten sind nicht ausgeschlossen.

§. 126.

Von dem Edictalverfahren wegen Ermittelung der Interessenten an einem gerichtlichen Depositum.

Entstehen Zweifel darüber, wer auf ein gerichtliches[1] Depositum Ansprüche habe, weil entweder derjenige, welcher die Deposition eines an das Depositum gemachten, jedoch nicht fortgesetzten Anspruchs halber veranlasset, nicht anzutreffen oder verstorben und dessen Erben nicht bekannt sind, oder weil der Anspruch entschieden oder durch Verjährung erloschen und diejenigen, denen solches Depositum zugehört, ganz oder zum Theil unbekannt sind[2], so können entweder von Amtswegen, oder auf Antrag der Interessenten, vom Richter, bei welchem das Depositum liegt[3], Edictalien zu Ermittelung derer erlassen werden, welche auf das Depositum Ansprüche machen[4]. Hat sich jemand zu dem deponirten Gegenstande bereits gemeldet, so dient die auf seinen Antrag erlassene Edictalladung zur Sachlegitimation[5]. Ist gar Niemand vorhanden, welcher auf das Depositum Anspruch zu haben behauptet, so wird diese Edictalladung von Amtswegen oder auf

---

[5] Die Edictalladung kann also ebensowohl vom Richter der gelegenen Sache, als nach Befinden vom persönlichen Richter erlassen werden. Vergl. oben §. 124 nach not. 3.

[1] Von anderen Depositen gilt dieß nicht.

[2] Ueber die einzelnen Fälle, in denen dieß vorkommen kann, s. Haase Edictalladungen p. 49 fg. Namentlich gehören Concurse hierher. Haase l. l. not. 2.

[3] Nur dieser ist hier competent.

[4] Mandat v. 13. Novbr 1779. §. I. sub 6. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Generale v. 20. Juni 1817. §. 16. C. III. C. A. I. p. 301 fg. Haase l. l. p. 48 fg. Vergl. auch Hommel Rhaps. Obs. 585.

[5] Angez. Mandat v. 13. Novbr 1779 l. l. Angez. Generale v. 20. Juni 1817 l. l.

Antrag dessen, welcher die Fiscalrechte ausübt, zu dem Zwecke erlassen, um die deponirte Sache als herrenloses Gut zu confisciren[6]. Der Antrag auf Edictalladung muß enthalten: genaue Bezeichnung des Depositum, Darlegung des Rechts auf Ueberlassung oder Rückgabe des Depositum und des Interesses des Antragstellers, endlich die Versicherung, daß der Antragsteller auf Erforschung der unbekannten Interessenten vergebliche Mühe verwendet habe[7]. Von Amtswegen oder überhaupt im Interesse des Fiscus kann diese Edictalladung nur dann erlassen werden, wenn Personen, welche ein Recht auf das Depositum haben, überhaupt gar nicht bekannt sind. Der Richter hat in solchem Falle den Ablauf der Verjährungszeit abzuwarten, welche mit 44 Jahren zu Ende geht[8], und von der Zeit an zu rechnen ist, wo das Depositum ohne Widerspruch zur Verabfolgung bereit gelegen und hätte abgefordert werden können und sollen[9]. Die nicht erschienenen Interessenten werden präcludirt, unter den erschienenen aber, welche nach Befinden unter sich über die Priorität zu verfahren haben, demjenigen, welcher das vorzüglichste Recht hat, die deponirten Gegenstände nach Abzug oder Erlegung der Depositengebühren sowohl, als der übrigen Unkosten, nach Ablauf der einjährigen Restitutionsfrist gegen Quittung verab-

---

[6] Angez. Mandat v. 13. Novbr 1779 l. l. Angez. Generale v. 20. Juni 1817 l. l. Vergl. hierzu Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1851. XI, 111. p. 489 fg.

[7] Haase l. l. p. 52 fg.

[8] Biener Syst. §. 275. und das von Schwarze u. Heyne Untersuchung practisch wichtiger Materien V. p. 263 fg. mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Appell.-Gerichts vergl. mit Berger Oec. Jur. II, 2. Th. 25. Leyser Med. ad Pand. Sp. 462. med. 17 u. 18. Hommel Rhaps. Obs. 585. Obwohl diese 44jährige Verjährungsfrist im Mandat v. 13. Novbr 1779. §. I. sub 6. nicht ausdrücklich erwähnt ist, so muß sie doch in allen Fällen abgewartet werden, da eine gleiche Frist in dem angez. Mandat §. I. sub 1. bei Cassation alter ungelöschter Hypotheken vorgeschrieben ist, und der Grund zu dieser Bestimmung, daß unter den Interessenten milde Stiftungen sein können, denen nach Const. Elect. 5. P. II. v. 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. die 44jährige Verjährung läuft, auch bei Depositen einschlägt. Vergl. auch Haase l. l. p. 50. not. 3, welcher diese 44jährige Frist aus der Litispendenz herleiten will. Die neuerdings durch das Gesetz v. 6. Novbr 1843. §. 123. eingeführte kürzere Frist, nach deren Ablauf zu Cassation alter ungelöschter Hypotheken Edictalien erlassen werden können, hat daran nichts geändert. Vergl. noch Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1852. XII, 59. p. 265 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. I, 101. p. 173 fg. IV, 602. p. 267.

[9] Angez. Mandat v. 13. Novbr 1779. §. I. sub 6. Hommel Rhaps. Obs. 585. Haase l. l. p. 53.

folgt[10]. Hat sich Niemand gemeldet, so wird das Depositum nach Ablauf eines gemeinen Jahres von der Publication des Präclusivbescheids angerechnet, dem Fiscus als herrenloses Gut zugesprochen[11]. Die Vereinigung mehrerer solcher Edictalladungen ist zu Ersparung von Unkosten zulässig.

Auf gleiche Weise soll auch das Edictalverfahren auf Brandversicherungsgelder Anwendung leiden, welche zwar durch Angriff oder Vollendung des Baues ganz oder zum Theil zahlbar geworden, aber unerhoben geblieben sind[12]. Die Einleitung dieses Edictalverfahrens hat lediglich die Brandversicherungscommission anzuordnen[13].

§. 127.

Von dem Edictalverfahren wegen Bewirkung eines gerichtlichen Accords.

Ist die Insolvenz eines Gemeinschuldners gewiß[1] und zu Beilegung des Creditwesens und Abwendung des Concurses entweder vom Gemeinschuldner mit den bekannten Gläubigern ein Abkommen getroffen worden, oder hofft der Gemeinschuldner, daß ein gerichtliches Abkommen zu Stande kommen d. h. die Mehrzahl der Gläubiger sich dazu bereitwillig finden lassen werde, so steht es dem Gemeinschuldner[2], oder doch den mit ihm einig gewordenen bekannten Gläubigern frei, die öffentliche Vorladung der unbekannten Gläubiger bei dem Gantgericht zu beantragen, damit dieselben ermittelt, die ausgebliebenen präcludirt und die erschie-

---

10 Zinsen können nur dann gefordert werden, wenn das Depositum solche getragen hat. Haase l. l. p. 55.

11 Haase l. l. p. 52.

12 Gesetz v. 14. November 1835. §. 88. sub 3.

13 Angez. Gesetz v. 14. Novbr 1835. §. 57.

1 Vergl. das geschärfte Banqueroutiermandat vom 20. December 1766. §. 3. C. C. A. I. p. 921 fg. Auch müssen sonst die Voraussetzungen zu Abschließung eines gerichtlichen Accords vorhanden sein. S. über diese Voraussetzungen das angez. Banqueroutiermandat §. 17. Leipziger Handels-Gerichts-Ordnung v. 21. December 1682. §. 25. C. A. II. p. 2037 fg. Wiesand Diss. de pacto remissorio, Vitemb. 1773. §. 9. Bauer Opuscula I. p. 405 fg. §. 15 u. 16. Kori System des Concursprocesses, Leipzig 1807. §. 88. Günther der Concurs der Gläubiger nach gemeinem Rechte Aufl. II. Leipzig 1852. p. 15 fg. u. 99 fg.

2 Sogar ein Dritter ist dazu berechtigt, wenn er sich des Schuldners annehmen will. Vergl. das angez. Banqueroutiermandat §. 17. Hering Diss. laud. p. 32. Bauer l. l. §. 24. Haase Edictalladungen p. 68.

nenen zur Erklärung auf den proponirten gerichtlichen[3] Accord, auch die Minderzahl[4] zu Annahme des von der Mehrzahl getroffenen Abkommens genöthigt werde[5]. Der Antragsteller hat zu diesem Zwecke unter dem Anführen der eingetretenen Insolvenz um Edictalladung an die Gläubiger und Vorlegung der Vergleichsvorschläge nachzusuchen. Dem Gesuche muß ein genauer, vom Gemeinschuldner gefertigter Status, wie solcher von demselben auf Verlangen eidlich bestärkt werden kann, sowie die nähere Angabe und soweit möglich, auch die sofortige Bescheinigung der Unglücksfälle beigefügt werden, wodurch der Gemeinschuldner schuldlos in Abfall der Nahrung gerathen ist, es müßte denn der Concurs bereits ausgebrochen und dieß Alles bereits geschehen sein[6]. Zugleich muß auf Abnahme der dem Gemeinschuldner obliegenden Eide angetragen werden, falls dieselben nicht bereits geleistet worden sind[7]. Nach vorgängiger Prüfung des Antrags hat der Richter, insoweit dieß nicht bereits geschehen ist, für Sicherstellung

---

[3] Von außergerichtlichen Accorden gilt dieß nicht, indem bei diesen die Minderzahl durch die Erklärung der Mehrzahl nicht verpflichtet wird. Fr. 7. §. 19. Dig. de pactis II, 14. Kind Quaest. For. IV, 40.

[4] Diese wird nach der Größe der Summen einschließlich der Zinsen und wenn die Summen gleich sind, nach der Zahl der Personen und wenn auch diese gleich sind, nach der gelinderen Ansicht beurtheilt. Vergl. fr. 8 u. 9. Dig. de pactis II, 14. Const. 8. Cod. Qui bonis cedere possunt VII, 71. Geschärftes Banqueroutiermandat §. 17. Kori Concursproceß §. 88. Günther l. l. p. 15. Darunter sind jedoch nur die einfachen Chirographarier zu verstehen. Die Hypothekarier, die bevorzugten Chirographarier, die Vindicanten, Separanten und Quasiseparanten werden nicht genöthigt, dem Accorde beizutreten. Geschärftes Banqueroutiermandat §. 19. Wiesand Diss. laud. §. 16. Kori Concursproceß §. 88. Haase l. l. p. 65. not. 5. Günther l. l. Ueber die Wechselgläubiger s. oben §. 44 f. not. 9. Sind die Stimmen in mehr als zwei Parteien getheilt, so gilt die Stimme derjenigen Partei, welche relativ die größere ist. Vergl. Kori Concursproceß §. 88.

[5] Mandat die Edictalladungen betreffend vom 13. November 1779. §. I. sub 7. C. II. C. A. I. p. 367 fg. Wiesand Diss. laud. Vitemb. 1773. Bauer Opusc. l. l. Haase l. l. p. 63 fg. Auch hat der Richter, wenn der Concurs vor Erlassung der Edictalladung durch Vergleich gehoben ist, die Edictalladung nichtsdestoweniger von Amtswegen zu erlassen und falls die Abschließung des Accords zwar nach der Bekanntmachung der Edictalien, aber vor dem Liquidationstermine erfolgte, das Edictalverfahren nichtsdestoweniger bis zu dem Liquidationstermine fortzusetzen. v. Langenn u. Kori Erörter. pract. Rechtsfr. II, 15, p. 132 fg. Nach Ablauf eines halben Jahres vom Ausbruch des Concurses angerechnet, ist die Abschließung eines Accords nicht mehr zulässig. Geschärftes Banqueroutiermandat §. 22.

[6] Geschärftes Banqueroutiermandat §. 3. Leipziger Handelsgerichts-Ordnung §. 25. Kori Concursproceß §. 88.

[7] Geschärftes Banqueroutiermandat §. 17. Wiesand Diss. laud. §. 11.

und Verwaltung des Vermögens zu sorgen[8], dem Gemeinschuldner die von ihm zu leistenden Eide abzunehmen, auch wenn sonst die Voraussetzungen dazu verhanden sind[9], die Edictalien zu erlassen, und darin unter Bezugnahme auf die angezeigte Insolvenz und die gemachten Vergleichsvorschläge, die unbekannten Gläubiger zu Geltendmachung ihrer Anforderungen bei Strafe der Präclusion und zu Erklärung über die ihnen weiter vorzulegenden Accordsvorschläge unter der Verwarnung vorzuladen, daß sie, im Fall sie sich darüber nicht erklären würden, für einwilligend geachtet werden sollten[10]. Zugleich wird zu Vermeidung einer nochmaligen Edictalladung die Bedeutung beigefügt, daß, dafern der Accord nicht zu Stande kommen sollte, das Concursverfahren ohne nochmalige Vorladung fortgesetzt werden würde[11]. Diejenigen Gläubiger, welche im Termine ausbleiben, werden präcludirt, die erschienenen dagegen, welche nach vorgängiger Bescheinigung ihrer Forderungen[12] dem Accorde beizutreten sich weigern, dazu genöthigt, sobald die Mehrzahl demselben beigetreten ist. Verwirft die Mehrzahl der Erschienenen den Accordsvorschlag, so wird das Verfahren in Form eines gewöhnlichen Concursverfahrens fortgesetzt. Kommt der gerichtliche Accord zu Stande, so steht den sämmtlichen[13] Gläubigern nach Sächsischen Gesetzen das Recht zu, das von ihnen erlassene Quantum, jedoch ohne Zinsen nachträglich zu fordern, sobald der Schuldner zu besserem Vermögen gelangt[14]. Jedoch steht dem Schuldner in

---

[8] Geschärftes Banqueroutiermandat §. 4 u. 5.

[9] Vergl. oben not. 1.

[10] Haase l. l. p. 71. Deßhalb müssen die Procuratoren der Gläubiger gehörig instruirt sein. Geschärftes Banqueroutiermandat §. 17. Wiesand Diss. laud. §. 10. Die bekannten Gläubiger werden mittelst Patents vorgeladen. Kori Concursproceß §. 88.

[11] Haase l. l. p. 72.

[12] Denn wegen illiquider Forderungen hat Niemand eine Stimme. Kori Concursproceß §. 88.

[13] Also nicht bloß denjenigen, welche überstimmt worden sind. Vergl. Geschärftes Banqueroutiermandat §. 17.

[14] Geschärftes Banqueroutiermandat §. 17. Curtius Handbuch IV. §. 1711. Haase l. l. p. 74 fg. Kori Concursproceß §. 88. Von außergerichtlichen Accorden gilt dieß nicht. Kind Quaest. For. IV, 40. Kori l. l. §. 85. Haase l. l. Macht ein Gläubiger später dieses Nachforderungsrecht geltend, so muß er beweisen, daß der Schuldner zu besserem Vermögen gelangt sei. Von Gläubigern, welche sich nicht gemeldet hatten, gilt dieß nicht. Günther der Concurs der Gläubiger p. 48 fg. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung N. F. IX. p. 168. Nach Kori l. l. §. 88. soll der Schuldner ohne Weiteres mit einem Manifestationseide belegt werden können. Stirbt der

solchem Falle das beneficium competentiae zu[15]. Competent zu Erlassung dieser Edictalladung ist derjenige Richter, vor welchen die wirkliche Concurseröffnung gehört[16].

§. 128.

Von dem Edictalverfahren wegen verloren gegangener Staatsschuldscheine, Zinsleisten und Zinsquittungen. Zulässigkeit desselben.

Sind öffentliche[1], auf den Inhaber gestellte Creditpapiere, also nicht nur inländische[2] oder ausländische[3] Staatspapiere,

---

Schuldner, so müssen die Gläubiger binnen Jahresfrist bei Verlust den Antrag stellen, daß die Erben des Schuldners zu Ausantwortung eines richtigen Inventars oder in dessen Ermangelung einer eidlichen Specification des Nachlasses angehalten werden. Geschärftes Banqueroutiermandat §. 17. Kori l. l. §. 88. Haase l. l. p. 75. Vergl. auch das im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1841. I, 48. p. 169 fg. mitgetheilte Präjudiz des vormaligen Appell.-Gerichts, wo die Frage behandelt wird, ob, wenn bei des Gemeinschuldners Leben ein Dritter mit den Gläubigern einen Accord zu treffen und dadurch den außerdem unvermeidlichen Concurs abzuwenden gemeint sei, die Minderzahl gezwungen werden könne, außer der Annahme des Accords auch ihrem Nachforderungsrechte zu entsagen. Diese Frage ist dort verneinend entschieden und ausgesprochen, daß der Verzicht auf das Recht der Nachforderung lediglich der freien Entschließung jedes einzelnen Gläubigers überlassen bliebe. Vergl. hierzu fr. 7. §. 17—19. fr. 8. 9. 10. Dig. de pactis II, 14. Fr. 28. Dig. communi div. X, 3. Fr. 10. pr. Dig. de aqu. et aqu. pluv. arcend. XXXIX, 3. Carpzov Jur. For. II, 22. def. 27. Berger Oec. Jur. IV, 34. Th. 4. not. Bauer Opusc. l. l. p. 417. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. III, 15. p. 120 fg. Ueber die Erfordernisse einer solchen Klage auf Nachzahlung des im Concurse oder gerichtlichem Accorde unbezahlt gebliebenen Theils einer Forderung s. den im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1841. I, 49. p. 181. mitgetheilten Rechtsfall. Kritz Sammlung von Rechtsfällen I. p. 116 fg.

[15] Geschärftes Banqueroutiermandat §. 17.

[16] Haase l. l. p. 68. not. 11.

[1] Von Creditpapieren, welche im Inlande oder Auslande ohne Genehmigung der betreffenden Staatsregierung von Corporationen, Anstalten und Privaten auf jeden Inhaber ausgestellt sind, gilt dieß nicht. Vielmehr unterliegen diese der Vindication, ausgenommen, wenn sie in ihrem Contexte als Wechsel oder Anweisung benannt sind, oder wenn die im Auslande ausgestellten nach den Gesetzen des Orts der Ausstellung von der Vindication ausgeschlossen sind, was jedoch derjenige beweisen muß, der dieß behauptet. Gesetz v. 8. Juni 1846. §. 4. Von der rechtlichen Gültigkeit solcher ohne Genehmigung der betreffenden Staatsregierung von Privaten, Anstalten oder Corporationen auf den Inhaber gestellter Creditpapiere handelt das Gesetz v. 7. Juni 1846. Siehe unten not. 4 am Ende. Vergl. überhaupt Unger die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, Leipzig 1857. Hoffmann im Archiv f. deutsches Wechselrecht V, 10. p. 256 fg.

[2] Gesetz v. 8. Juni 1846. Zuerst findet sich dieser Grundsatz im Edicte v. 6. Mai 1772. C. II. C. A. II. p. 397 fg. hinsichtlich der Cassenbillets und in den späteren auf die Cassenbillets bezüglichen Gesetzen. S. namentlich Edict v. 1. Juli 1803. C. III. C. A. II. p. 315 fg. Edict v. 24. März 1807.

sondern auch andere öffentliche au porteur lautende inländische oder ausländische Schuldscheine, welche mit Genehmigung der betreffenden Regierung von Privaten, Corporationen oder Anstalten ausgestellt worden sind, sowie von einer mit Bestätigung der betreffenden Regierung versehenen Actiengesellschaft an den Inhaber ausgestellte Theilnahmescheine[4], deren Zinsleisten, Zins-

---

C. III. C. A. II. p. 326. Edict vom 18. September 1809. C. III. C. A. II. p. 329. Edict v. 21. März 1812. C. III. C. A. II. p. 331. Edict v. 18. Decbr. 1815. C. III. C. A. II. p. 336. Edict v. 1. October 1818. Gesetz v. 30. Juli 1834. Bekanntmachung v. 30. Juli 1834. Gesetz v. 8. Jan. 1838. Gesetz v. 16. April 1840. §. 8. Verordnung v. 15. Septbr. 1842. Gesetz v. 18. Juni 1846. Gesetz v. 6. September 1855. Die Cassenbillets sind dem baaren Gelde völlig gleich gestellt. Angez. Gesetz v. 6. September 1855. §. 8. Wegen verlorener oder gänzlich vertilgter Cassenbillets findet kein Ersatz Statt. Angez. Gesetz §. 9. In Betreff der Vindication dieblich entwendeter oder veruntrauter landschaftlicher Obligationen und Kammer-Credit-Cassenscheine s. Mandat v. 26. Januar 1775. C. II. C. A. I. p. 339 fg. Vergl. auch hinsichtlich der landschaftlichen Obligationen und angemeldeten alten Steuerscheine Befehl v. 25. Juli 1777. C. II. C. A. II. p. 901. — hinsichtlich der Kammer-Credit-Cassenscheine und angemeldeten alten Cammer- und General-Accisscheine Befehl v. 29. November 1777. C. II. C. A. II. p. 23. Rescript v. 28. Juni 1791. C. II. C. A. II. p. 73. — hinsichtlich der neuen 5procentigen landschaftlichen Obligationen Rescript v. 22. Mai 1811. C. III. C. A. I. p. 255. — hinsichtlich der neuen vierprocentigen landschaftlichen und über die Anleihe der Hauptauswechslungscasse ausgefertigten Partialobligationen Rescript v. 14. Mai 1821. — hinsichtlich der neuen 3procentigen landschaftlichen Obligationen Mandat vom 26. August 1830. Bekanntmachung v. 29. Juni 1833. sub 7. — hinsichtlich der neuen 3procentigen Staatsobligationen Gesetz vom 27. Juli 1843. u. Verordnung v. 15. März 1844. — hinsichtlich der neuen 4procentigen Staatsschuldencassenscheine Gesetz v. 27. März 1847. — hinsichtlich der neuen 4½procentigen Staatsanleihe Gesetz v. 10. Januar 1851. — hinsichtlich einer anderweiten 4procentigen Anleihe Gesetz v. 1. Juni 1852. — hinsichtlich einer neuen 4procentigen Anleihe Gesetz v. 13. August 1855. Durch das Gesetz v. 29. September 1834. wurde die Staatsschuldencasse errichtet. Ueber die beiden Fregeschen Anleihen s. Rescript v. 25. August 1810. C. III. C. A. I. p. 243. — über die Reichenbachsche Anleihe Rescript v. 22. Mai 1811. C. III. C. A. I. p. 255. — über die bei der Ausgleichungscasse durch die Landescommission zu eröffnende Anleihe Rescript v. 20. August 1812. C. III. C. A. I. p. 266. — über die Landrentenbriefe Gesetz über die Errichtung der Landrentenbank vom 17. März 1832. §. 18.

[3] Angez. Gesetz v. 8. Juni 1846. Früher galt dieß von ausländischen Staatspapieren nicht. Diese unterlagen also der Vindication vom dritten Besitzer. Vergl. v. Langenn u. Kori Erörter. pract. Rechtsfr. II, 24. p. 259. und Kritz Sammlung von Rechtsfällen III, 6. p. 104 fg. 106 fg. u. 109 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1842. II, 98. p. 351 fg. und das von Kritz l. l. p. 110. not.* angezogene durch Bekanntmachung v. 21. September 1833. publicirte Decret v. 18. August 1819.

[4] Dieß gilt also auch von ausländischen Creditpapieren dieser Art. Unter den inländischen sind hierher namentlich zu rechnen: die Leipziger Stadtschuldscheine Rescript v. 14. März 1812. C. III. C. A. I. p. 262. Rescript v. 27. Juni 1817. C. III. C. A. I. p. 309. Verordnung der Landesregierung v. 16. August 1821. Verordnung der Landesregierung v. 6. März

quittungen oder Dividendenscheine, dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Pfandinhaber verloren gegangen, so ist eine Vindication derselben vom dritten redlichen Besitzer[5] nach ausdrücklicher Be-

---

1830. Verordnung v. 29. Mai 1849. Verordnung v. 16. April 1850. — die Freiberger Stadtschuldscheine, Verordnung v. 19. November 1836. — die Markt-Neukirchener Stadtschuldscheine, Verordnung v. 7. Juli 1842. — die Camenzer Stadtschuldscheine, Verordnung v. 6. Mai 1843. — die Oschatzer Stadtschuldscheine, Verordnung vom 4. Januar 1847. — die Lößnitzer Stadtschuldscheine, Bekanntmachung v. 5. Februar 1850. — die Actien, Dividendenscheine und Talons der Leipzig-Dresdener Eisenbahn, Decret v. 20. März 1837. §. 11. — der Leipziger Bank, Decret v. 12. März 1839. §. 42. — der Chemnitzer Bank, Decret vom 19. August 1848. — der Sächsischen Eisencompagnie, Decret v. 22. Februar 1843. — der Sächsisch-Bairischen Eisenbahn, Bekanntmachung v. 6. u. 22. Juni 1843. §. 38. Decret v. 1. April 1847. — der Sächsisch-Schlesischen Eisenbahn, Decret v. 22. August 1844. Statuten §. 10. vergl. mit §. 40. Decret v. 31. Januar 1851 u. v. 24. April 1855. — der Löbau-Zittauer Eisenbahn, Decret v. 25. Juni 1845. Statuten §. 9 u. 11. vergl. mit §. 34. — der Chemnitz-Risaer Eisenbahn, Decret v. 1. Juli 1845. Statuten §. 9 u. 11. vergl. mit §. 34. Decret v. 28. Januar 1851. — der Albertsbahn, Decret v. 26. Januar 1854. — der Chemnitz-Würschnitzer Eisenbahnactiengesellschaft, Decret v. 29. September 1856. — und anderer vom Staate privilegirter Actienunternehmungen. — die Pfandbriefe, Zinsleisten und Zinsscheine des erbländischen ritterschaftlichen Creditvereins, Decret vom 13. Mai 1844. §. 60. vergl. mit §. 54. — und der landständischen Hypothekenbank für das Markgrafthum Oberlausitz, Decret v. 13. August 1844. §. 30. u. §. 92. sub 8. ꝛc. ꝛc. ꝛc. Bei Privatschuldscheinen, welche auf den Inhaber lauten, findet keine Edictalladung Statt. Biener Syst. §. 286. Obs. 1. Ebensowenig bei Schuldscheinen der Städte und anderer Corporationen, soweit ihnen dieses Vorrecht nicht ausdrücklich ertheilt worden ist. Biener l. l. Obs. 2. Ueberhaupt können nach dem Gesetz v. 7. Juni 1846. Creditpapiere, welche nicht in ihrem Context als Wechsel oder Anweisungen benannt sind, ohne Genehmigung der Regierung von Privaten, Corporationen oder Anstalten nicht mit rechtlicher Wirkung auf jeden Inhaber gestellt werden und es ist aus so lautenden Papieren dieser Art keinem Inhaber zur Zahlung zu verhelfen. Vergl. oben §. 24 bei not. 5.

[5] Daß sich das Verbot der Vindication nur auf den dritten Besitzer beziehe, keineswegs aber auf den unmittelbaren Besitznachfolger Anwendung leide, ist in einem von Kritz Sammlung von Rechtsfällen III, 6. p. 106 fg. mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-Appell.-Gerichts nachgewiesen. Dagegen ist die Ansicht von Kind Quaest. For. III, 26, daß nur der zur Erwerbung des Eigenthums geeignete Rechtstitel den dritten Besitzer von der Vindication befreie, im Decrete v. 18. August 1819. ausdrücklich gemißbilligt worden, indem überhaupt jeder redliche Besitzer davon befreit ist. Vergl. Bekanntmachung vom 21. Septbr 1833. u. Gesetz vom 8. Juni 1846. §. 1 u. 5. Curtius Handbuch §. 1192. not. e. pag. 174 fg. Haubold Lehrbuch §. 188. Obs. 2. Die Redlichkeit des Besitzes ist so lange zu vermuthen, als nicht derjenige, welchem Effecten der gedachten Art abhanden gekommen sind, dem Besitzer nachweist, daß er solche entweder unrechtmäßiger Weise an sich gebracht, oder darum, daß dieß von einem seiner Vorbesitzer geschehen, zur Zeit der Erwerbung gewußt habe. Gesetz v. 8. Juni 1846. §. 5. Die öffentliche Bekanntmachung der Entwendung und die Erwerbung der Werthpapiere ohne Coupons reichen zur Constatirung der mala fides nicht aus. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 183 fg.

stimmung der Gesetze nicht zulässig[6], es müßte denn auf den Papieren selbst bei deren Ausstellung bemerkt worden sein, daß sie der Vindication unterliegen sollen, oder ihnen die Zahlbarkeit an den Inhaber dadurch benommen worden sein, daß sie durch eine nach den bestehenden inländischen oder ausländischen Vorschriften darauf gebrachte Bemerkung einer öffentlichen Behörde, oder der sie emittirenden Anstalt, außer Cours gesetzt oder für Eigenthum einer bestimmten Person erklärt worden sind[7]. Um indeß den rechtmäßigen Eigenthümer eines solchen der Vindication nicht unterliegenden öffentlichen Creditpapiers gegen Verluste dieser Art zu schützen, so ist in solchem Falle unter gewissen Beschränkungen die Erlassung einer Edictalladung[8] gestattet, nach deren Verlauf das verloren gegangene Papier, wenn sich Niemand als Besitzer desselben legitimirt hat, für ungültig erklärt, amortisirt und an dessen Stelle dem Ausbringer ein neues ausgeantwortet, oder falls es einstweilen fällig wurde, der Betrag desselben baar ausgezahlt wird. Hierbei sind folgende Fälle zu unterscheiden. Kann der Antragsteller, welchem das Papier durch Zufall und ohne eigene Schuld verloren ging[9], sofort voll, oder doch bis zum Erfül-

---

[6] Mandat vom 26. Januar 1775. C. II. C. A. I. p. 339. Bekanntmachung v. 21. September 1833. Gesetz v. 8. Juni 1846. §. 2. Vergl. die oben not. 3. 4. 5. angeführten Gesetze und Schriften. Ueber die Frage, ob ein Verbot der Vindication von Staatspapieren auch außerhalb der Grenzen des Staats, welcher die Scheine ausstellte, für verbindlich zu achten, s. v. Langenn u. Kori Erörtr. pract. Rechtsfr. II, 24. p. 255 fg.

[7] Gesetz v. 8. Juni 1846. §. 3.

[8] Füssel Diss. Observationes varii juris argumenti, Lipsiae 1783. cap. 1. Kluegel Diss. de ordine litis in causa amissarum cautionum publicarum in Saxonia datarum earumque anonymarum, Vitemb. 1793. Biener Progr. Interpretationum et Responsorum praesertim ex jure Saxonico Sylloge, Lips. 1821. cap. 8. Ejusdem Syst. §. 281 fg. Kind Quaest. For. III, 26. Haase Edictalladungen p. 151 fg. Curtius l. l. §. 1192. u. 611. Haubold Lehrbuch §. 188. Kritz l. l. III, 6.

[9] Dahin gehört auch der Fall, wenn dieselben von einem Anderen vernichtet worden sind, sobald sich dieß vom Eigenthümer weder vorhersehen noch abwenden ließ. Sind die Papiere durch eigene Schuld des Eigenthümers vernichtet worden, so findet keine Entschädigung dafür Statt. Dieß folgt aus dem angez. Befehl v. 25. Juli 1777, wo nur von dem Falle die Rede ist, wenn die Papiere durch Zufall und ohne factum culposum des Inhabers vernichtet worden oder abhanden gekommen sind. Vergl. Biener l. l. §. 282 u. 283. A. M. ist Volkmann §. 291. not. u. pag. 393 fg. aus Zweckmäßigkeitsgründen, denen die bekannte Interpretationsregel entgegensteht, daß bei Auslegung von Gesetzen nichts für überflüssig zu achten ist. Die Behauptung, daß die Gesetze nur ganz beiläufig erwähnen, der gewöhnliche Grund der Vernichtung werde ein Zufall sein, wird durch die deutliche Fassung der hier einschlagenden Gesetzstellen genügend widerlegt.

lungseide nachweisen, daß das Papier vernichtet sei und also nicht mehr existire, so wird mit Erlassung der Edictalladung ohne weiteres oder doch nach vorher geleistetem Erfüllungseide verfahren [10]. Entstehen indeß über die Zulässigkeit der Edictalladung, also namentlich auch darüber Zweifel, ob der Beweis der Vernichtung voll oder doch mindestens halbvoll geführt sei, so muß diese Vorfrage nach vorgängigem Verfahren zwischen dem Antragsteller und einem Fiscalactor mittelst Erkenntnisses rechtskräftig entschieden worden sein, bevor mit Erlassung der Edictalladung verfahren werden kann [11]. Den Beweis hat der Antragsteller in diesem Falle dahin zu richten, daß er Besitzer des Documents gewesen und daß das Papier durch Zufall vernichtet worden sei, oder daß doch das Ereigniß stattgefunden habe, bei welchem es vernichtet worden sein soll. Der Umstand, daß das bescheinigtermaßen verloren gegangene Papier bei diesem Ereignisse vernichtet worden sei, kann durch den Erfüllungseid dargethan werden [12]. Ist dagegen der Antragsteller nicht im Stande, die erfolgte Vernichtung des ihm verloren gegangenen Papiers mindestens bis zum Erfüllungseide zu beweisen, ist ihm dasselbe vielmehr nur verloren gegangen, ohne daß ein neuer Inhaber des Documents bekannt ist [13], so hat er den Verlust des Besitzes bei der betreffenden Cassenbehörde anzuzeigen [14]. Auf Erlassung der Edictalladung kann er in diesem Falle erst nach Ablauf einer zu diesem Zwecke eingeführten Verjährungsfrist [15] antragen [16]. Diese läuft bei den Ca-

---

[10] Angez. Befehl vom 25. Juli 1777. C. II. C. A. II. p. 901. vergl. mit Befehl vom 29. November 1777. C. II. C. A. II. p. 23. S. auch wegen der Landrentenbriefe Gesetz vom 17. März 1832. §. 18. sub d. Kori Summ. Pr. §. 148.

[11] Angez. Befehl vom 25. Juli und 29. November 1777. Biener l. l. §. 282.

[12] Angez. Befehl vom 25. Juli 1777. Biener l. l. not. 3.

[13] Verordnung der Landesregierung v. 6. October 1824.

[14] Kori l. l. §. 148. p. 281.

[15] Diese Verjährungsfrist ist von derjenigen zu unterscheiden, welche bei den Capitalien selbst von der durch die Auslosung bestimmten und jedesmal öffentlich bekannt zu machenden Zahlungszeit, bei Zinsdocumenten dagegen von ihrer Verfallzeit an beginnt und bei jenen 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage, bei diesen 3 Jahre dauert, nach deren Ablauf der Fiscus von seiner Verbindlichkeit, das Capital, oder die verfallenen Zinsen zu bezahlen, befreit wird. Declaration v. 10. October 1763. C. C. A. II. p. 299. Generalbefehl v. 12. November 1763. C. C. A. II. p. 305. Avertissement vom 4. October 1765. C. C. A. I. p. 1331. Verordnung der Landesregierung vom 6. October 1824. vergl. mit Gesetz v. 17. März 1832. §. 18. sub c u. d. Mit Recht macht Volkmann

pitalscheinen selbst[17] 10 Jahre lang[18] vom Tage des Verlusts, und wenn dieser Tag sich nicht bescheinigen läßt, von dem Tage angerechnet, wo der Verlust der betreffenden Verwaltungsbehörde angezeigt worden ist, es müßte denn Jemand das fällig gewordene Capital vor der Anmeldung des Verlusts bereits erhoben haben[19]. Auch wird der Lauf dieser zehnjährigen Verjährung bei bereits zahlbaren Capitalien durch Erhebung des Hauptstamms, bei den zur Zeit des Verlusts noch nicht zahlbaren Capitalien aber durch Erhebung der Zinsen unterbrochen und die Erlassung von Edictalcitationen in solchem Falle ganz unzulässig[20]. Bei Zinsleisten und Zinsquittungen läuft die erwähnte Verjährung nur 3 Jahre von dem Tage angerechnet, wo die Bezahlung der Zinsen oder die Auswechselung des Zinsleistens verlangt werden konnte[21]. Doch wird diese dreijährige Verjährung durch Erhebung der Zinsen oder Umwechselung des Talons ebenfalls unterbrochen[22]. Durch die während des Laufs der Verjährungszeit erfolgte Ausloosung des Capitals wird diese Verjährung nicht unterbrochen[23]. Ist endlich das verloren gegan-

---

l. l. §. 291. not. mm. pag. 391. darauf aufmerksam, daß dieß eigentlich keine Verjährungs-, sondern eine Suspensivfrist sei.

[16] Angez. Befehl vom 25. Juli 1777. Angez. Verordnung vom 6. October 1824.

[17] In Betreff anderer den Staatsschuldscheinen gleich gestellter Schuldverschreibungen ist diese zehnjährige Frist bisweilen abgekürzt. So namentlich bei den Leipzig-Dresdener Eisenbahnactien, Decret v. 20. März 1837. §. 11.

[18] Angez. Verordnung v. 6. October 1824. und für die Ober-Lausitz Verordnung v. 20. October 1824, wodurch jedoch die von der Ausloosung an laufende Frist von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen, nach welcher das Document durch Verjährung erlischt, keineswegs abgeschafft ist. Dieß erhellt aus dem angez. Gesetz v. 17. März 1832. §. 18. sub c u. d. Früher war zur Erlassung der Edictalladung ebenfalls eine Frist von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen nöthig. Die bei Zinsscheinen erforderliche dreijährige Frist bestand schon früher und ist durch die angez. Verordnungen nicht abgeändert worden.

[19] Denn hier ist die Existenz des Documents nach dem eingetretenen Verluste gewiß und dem Beschädigten bleibt nur der Anspruch an den Urheber des Verlusts, wenn sich derselbe noch ermitteln läßt. Angez. Befehl v. 25. Juli 1777. u. v. 29. November 1777. vergl. mit Gesetz v. 17. März 1832. §. 18. sub d.

[20] Angez. Befehl v. 25. Juli u. 29. November 1777.

[21] Declaration v. 10. October 1763. C. C. A. II. p. 299. Generalbefehl v. 12. Novbr. 1763. C. C. A. II. p. 305. Rescript v. 28. Juni 1791. C. II. C. A. II. p. 73. Verordnung der Landesregierung v. 6. October 1824. u. v. 20. October 1824.

[22] Angez. Rescript v. 28. Juni 1791. C. II. C. A. II. p. 73.

[23] Angez. Verordnung vom 6. October u. 20. October 1824. vergl. mit Gesetz v. 17. März 1832. §. 18. sub d.

gene Papier dem Antragsteller entweder durch die unerlaubte Handlung eines Anderen, oder durch Zufall oder eigene Schuld des Besitzers[24] nur abhanden gekommen, so daß sich voraussetzen läßt, dasselbe sei nicht vernichtet worden, so ist der Gebrauch der Edictalcitation nicht gestattet[25]. Vielmehr steht dem Verlierer in solchem Falle nur das Recht zu, entweder von demjenigen, welcher das Document auf unrechtmäßige Weise an sich gebracht hat, dessen Erben oder Mitschuldigen Entschädigung zu verlangen[26], oder, wenn der Urheber unbekannt ist, den Verlust des Papiers der betreffenden Cassenbehörde anzuzeigen, damit ihm, sobald Jemand dasselbe dort producirt, davon Nachricht gegeben werde, und er auf diese Weise den Thäter oder dessen Mitschuldige entdecken könnte[27]. Durch diese Anzeige bei der Cassenbehörde wird die Extinctivverjährung unterbrochen[28]. Die Cassenbehörde bemerkt die geschehene Anzeige zu den Acten und giebt dem Anmelder von der später etwa erfolgten Production des Documents unverzüglich Nachricht[29]. Die Auszahlung des fälligen Betrags an den Producenten des angemeldeten Papiers darf dagegen nicht verweigert werden, sobald die Person des Inhabers genügend ermittelt ist[30]. War derjenige, welcher das Papier bei

---

[24] Hier ist es also gleichgültig, ob dem Verlierer eigene Schuld beizumessen war, oder nicht, wenn sich nur voraussetzen läßt, daß das Document noch existire. Vergl. den angez. Befehl v. 25. Juli 1777.

[25] Mandat v. 26. Januar 1775. C. II. C. A. I. p. 339. Angez. Befehl v. 25. Juli 1777. u. v. 29. November 1777. Zweifel hiergegen könnten aus der Verordnung vom 6. October 1824. und aus §. 18. sub d. des Gesetzes v. 17. März 1832. entnommen und angenommen werden, die 10jährige Verjährung finde bei allen Verlusten Statt, in deren Folge ein neuer Inhaber des Documents nicht bekannt sei, indem man daraus folgern könnte, es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Zulassung der Edictalcitation überhaupt auch auf diejenigen Fälle auszudehnen, in welchen die Vernichtung des Documents unwahrscheinlich, die Person aber, in deren Hände dasselbe übergegangen, unbekannt sei. Allein eine solche Abänderung des früheren Rechts würde deutlicher ausgesprochen sein müssen und kann daher diese Gesetzstelle nur auf den Fall bezogen werden, wo die erfolgte Vernichtung des Documents sich voraussetzen läßt.

[26] Angez. Mandat v. 26. Januar 1775. in der Ober-Lausitz bekannt gemacht durch Ober-Amts-Patent v. 22. Febr. 1775. C. II. C. A. III. p. 101. Angez. Befehl v. 25. Juli 1777. C. II. C. A. II. p. 901. vergl. mit Befehl v. 29. November 1777. C. II. C. A. II. p. 23. Biener l. l. §. 283.

[27] Angez. Mandat v. 26. Januar 1775. Ober-Amts-Patent vom 22. Februar 1775.

[28] Vergl. oben not. 15. Biener l. l. §. 283.

[29] Angez. Mandat v. 26. Januar 1775.

[30] Angez. Mandat v. 26. Januar 1775. Der Beweis des Titels und das Vorhandensein der bona fides wird dazu nicht erfordert. S. das durch Be-

der Cassenbehörde producirte, Besitzer im redlichen Glauben und sein Besitz titulirt, so kann er nicht einmal auf Entschädigung belangt werden[31]. Meldet sich bis zur Verfallzeit und nach derselben innerhalb der von da an zu berechnenden zehnjährigen oder dreijährigen Verjährungszeit Niemand zur Erhebung des Capitals oder der Zinsen, so kann auf Antrag dessen, welcher den Verlust des Scheins angemeldet hatte, ausnahmsweise auch in diesem Falle mit der Edictalladung verfahren werden[32].

§. 129.

Fortsetzung. Verfahren in diesem Edictalprocesse.

Das Gesuch um Erlassung dieser Edictalladung wird bei Staatsschuldscheinen, deren Zinsleisten und Zinsquittungen bei dem Bezirks-Appellationsgerichte zu Dresden angebracht[1]. Dasselbe enthält eine Beschreibung des vernichteten oder abhanden gekommenen Scheins, eine Angabe des Ereignisses, wodurch der Schein vernichtet worden, oder abhanden gekommen, auch nach Befinden die Erwähnung der vor Ablauf der Verjährungszeit ge-

---

kanntmachung v. 21. September 1833. bekannt gemachte Decret v. 19. August 1819. A. M. ist Biener l. l. §. 283. Vergl. oben not. 5.

[31] Gesetz v. 8. Juni 1846. §. 1. vergl. mit §. 5. und oben not. 5 am Ende. Siehe schon Biener l. l. Die Vindication ist dem dritten Besitzer — nicht dem unmittelbaren Besitznachfolger gegenüber, ohnehin ausgeschlossen. Dieß übersieht Volkmann l. l. §. 292. not. g. pag. 398.

[32] Biener l. l. am Ende. Dieß steht mit der Verordnung vom 6. October 1824 keineswegs im Widerspruche, wie Volkmann §. 291. not. r. pag. 392 fg. meint. Denn dieser Fall wird von der angezogenen Verordnung gar nicht getroffen, da hier in der Regel gar keine Edictalladung zuläßig ist. Der Befehl vom 25. Juli 1777. C. II. C. A. II. p. 901, auf welchen diese Verordnung ausdrücklich Bezug nimmt und welche allein dadurch abgeändert werden sollte, handelt nämlich blos von dem Falle, wenn die Obligationen, Talons oder Coupons ꝛc. durch einen Zufall weggekommen, durch welchen sie zugleich völlig vernichtet worden, während hinsichtlich des Falls, wo dieselben wirklich noch in rerum natura vorhanden sind, auf das Mandat v. 26. Januar 1775 verwiesen ist. In diesem Falle ist nun der Verlierer zur Ausbringung von Edictalladung in der Regel gar nicht berechtigt, — vergl. oben bei not. 25. — und eine solche nur ausnahmsweise dann zu gestatten, wenn das Document fällig geworden und von der Verfallzeit an die Verjährungsfrist abgelaufen ist.

[1] Verordnung v. 9. April 1836. §. 13. in Verbindung mit Gesetz die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz für Rechtspflege und Verwaltung betr. v. 11. August 1855. §. 3. Bei anderen Schuldscheinen, welche nicht zu den Staatspapieren gehören, sind andere Behörden competent. S. darüber die einzelnen oben §. 128. not. 4. angeführten Gesetze. Vor dem 1. Mai 1835 konnte der Antrag bei der Landesregierung (Landesjustizcollegium) oder dem Finanzcollegium gestellt werden. Vergl. Rescript v. 25. August 1810. §. 2. C. III. C. A. I. p. 243.

schehenen Anzeige des Verlusts[2]. Außerdem ist die Bescheinigung des früheren Besitzes und nachherigen Verlusts[3], ingleichen, wenn es sich nur um den Verlust eines Zinsleistens oder einer Zinsquittung handelt, die Abschrift des in des Antragstellers Händen befindlichen Hauptdocuments sogleich beizufügen[4]. Nach Prüfung des Gesuchs wird der Antragsteller entweder sofort zurückgewiesen, oder, wenn das Gesuch statthaft, bei dem ständischen Ausschusse zur Verwaltung der Staatsschuldenkasse[5] angefragt, ob der Erlassung der Edictalien etwas im Wege stehe, ob namentlich der Schuldschein etwa schon ausgezahlt oder verjährt sei, oder die Anmeldung des Verlusts bereits stattgefunden habe[6]. Lautet die Antwort dahin, daß die Verjährung bereits abgelaufen, oder die Auszahlung oder Anmeldung bereits erfolgt sei, oder macht die bezeichnete Verwaltungsbehörde überhaupt Bedenken geltend, so hat das Appellationsgericht über die Statthaftigkeit der Edictalladung entweder sofort Entschließung zu fassen, oder nach vorgängiger Absetzung eines darüber zwischen dem Antragsteller und einem zu diesem Zwecke bestellten Fiscalactor stattfindenden Verfahrens förmlich zu erkennen[7]. Auch kann das Appellationsgericht zuvörderst bessere Bescheinigung der Vernichtung, oder Verbesserung anderer Mängel des Antrags im Wege der Resolution erfordern[8], welche der Antragsteller in solchem Falle zu unternehmen, auch darüber nach Befinden mit dem Fiscalactor zu verfahren hat. Nach abgesetztem Verfahren wird auch hier vom Appellationsgerichte ein Erkenntniß gefällt, und darin entweder die Zulässigkeit der Edictalladung ausgesprochen, oder der Antragsteller gänzlich oder doch zur Zeit noch abgewiesen. Stehen der Erlassung der Edictalladung Bedenken nicht im Wege, oder sind dieselben erledigt worden, so wird diese Ladung in Gemäßheit der

---

2 Vergl. oben §. 128 bei not. 15 u. 28.

3 Kori Summ. Pr. §. 148.

4 Biener Syst. §. 284. Kori l. l.

5 Früher waren dieß nach Verschiedenheit der Fälle entweder die Steuer-Credit-Cassen-Deputirten, oder die Cammer-Credit-Cassen-Commission. Nach der Verfassungs-Urkunde v. 4. September 1831. §. 107. Verordnung v. 7. November 1831. §. 4. B. sub 16. u. Gesetz v. 29. September 1834 ist vom 1. Januar 1835 an an deren Stelle der ständische Ausschuß zu Verwaltung der Staatsschuldenkasse getreten.

6 Biener l. l.

7 Kori l. l.

8 Kori l. l.

gefaßten Resolution oder des rechtskräftigen Erkenntnisses erlassen[9]. Die Edictalladung wird nach Maßgabe des Mandats vom 13. November 1779 eingerichtet[10], auch in einer auswärtigen Zeitung inserirt[11]. Dabei können zu Ersparung von Unkosten mehrere Edictalladungen dieser Art mit einander verbunden werden[12]. Erscheint in dem anberaumten Anmeldungstermine Niemand, so bedarf es keines weiteren Verfahrens. Die Ausgebliebenen werden mittelst Erkenntnisses präcludirt und ihrer Ansprüche für verlustig erklärt. Erscheinen dagegen im Termine Interessenten, so wird das Verfahren zwischen ihnen und dem Antragsteller als Contradictor, oder einem Bevollmächtigten desselben abgesetzt[13]. Prioritätsstreitigkeiten können vorkommen. Die Erkenntnisse werden vom Dresdner Bezirks-Appellationsgerichte selbst gefällt[14]. Ist in einem solchen Erkenntnisse auf Beweis und Gegenbeweis erkannt, so wird der Proceß in Form des ordentlichen Processes fortgesetzt[15]. Das von der Publication des Präclusiverkenntnisses an zu rechnende Jahr, innerhalb dessen die Präcludirten in anderen Edictalprocessen nach Befinden um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten können[16], wird hier nicht beachtet, vielmehr mit Auszahlung oder Ausfertigung neuer Documente ohne Weiteres verfahren, sobald das Präclusiverkenntniß seine Rechtskraft erlangt hat[16b].

Ist dem Impetranten das ausschließliche Recht auf das Document rechtskräftig zugesprochen, so macht das Appellationsgericht dem ständischen Ausschusse zu Verwaltung der Staatsschuldenkasse hiervon Anzeige. Der Impetrant erhält beglaubte Abschrift des Erkenntnisses und der übrigen dazu gehörigen Documente. Diese

---

[9] Ueber das frühere Verfahren s. Biener l. l. §. 284 fg. Kori l. l. §. 148.

[10] Dort steht zwar davon nichts, allein im Eingange des §. I. des Mandats sind andere Fälle nicht ausgeschlossen. Auch nehmen die oben §. 128. not. 2. angeführten Gesetze auf das angez. Mandat ausdrücklich Bezug.

[11] Biener l. l. §. 285. Kori l. l. §. 148.

[12] Dieß gilt auch dann, wenn die mehreren Edictalladungen auf Antrag verschiedener Personen erlassen werden. Biener l. l. §. 286.

[13] Kori l. l.

[14] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 119.

[15] Biener l. l. §. 285.

[16] S. oben §. 116 bei not. 6 u. 17.

[16b] Dieß ist im Rescripte v. 28. Juni 1791. C. II. C. A. II. p. 73. ausdrücklich bestimmt und daher hier eine Ausnahme von der allgemeinen Regel eingeführt. A. M. ist Biener l. l. §. 286..

producirt derselbe bei dem ständischen Ausschusse zur Verwaltung der Staatsschuldenkasse. Hier hat er zuvörderst einen gerichtlich recognoscirten Mortifications- und Schadloshaltungsschein auszustellen, worin er den verloren gegangenen Haupt- oder Zinsschein für ungültig erklärt und der genannten Behörde Entschädigung verspricht, falls dieselbe durch die Ausfertigung neuer Scheine oder durch die Auszahlung des Betrags Schaden erleiden sollte[17]. Die Behörde händigt ihm darauf, wenn es sich nur um Zinsleisten oder Zinsquittungen handelt, neue Scheine aus, und bezahlt die bereits verfallenen Zinsen[18]. Handelt es sich dagegen um ein verlorenes Hauptdocument, so wird das bereits fällig gewordene Capital baar ausgezahlt, im entgegengesetzten Falle aber kein neuer Originalschein, sondern nur eine Urkunde ausgefertigt, welche eine Beschreibung des verloren gegangenen Scheins und des Verlusts enthält. Doch wird auf diese Urkunde das Capital zur Verfallzeit bezahlt[19]. Kommt der Originalschein später noch zum Vorschein, so wird derselbe cassirt und unter Angabe des Grundes der Cassation den Acten einverleibt[20]. Die Kosten des ganzen Verfahrens hat der Impetrant zu tragen und daher auch dem Fiscalactor zu erstatten[21].

Auf gleiche Weise wird im Allgemeinen bei denjenigen Unterbehörden verfahren, an welche das Edictalverfahren in Betreff anderer von Städten oder Privatunternehmungen ausgestellter au porteur lautender Schuldscheine, Zinsleisten und Zinsquittungen nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung gewiesen ist[22]. Doch gelten in Betreff dieser Ausnahmsfälle zum

---

[17] Rescript vom 28. Juni 1791. C. II. C. A. II. p. 73. Biener l. l. §. 282. not. 3. u. §. 286. Vergl. const. 1. 7. et 11. de fide instrum. Cod. IV, 21. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 255.

[18] Angez. Rescript vom 28. Juni 1791. Biener l. l. §. 286. Kori l. l. §. 148.

[19] Vergl. das angez. Rescript vom 28. Juni 1791. Biener l. l. Kori l. l.

[20] Kori l. l. §. 148.

[21] Biener l. l. §. 286. Obs. Kori l. l.

[22] So sind diejenigen, welche Leipzig-Dresdner Eisenbahnactien, Talons und Dividendenscheine verloren, an das Leipziger Stadtgericht, die Verlierer Leipziger Stadtschuldscheine an das Leipziger Stadtgericht gewiesen ꝛc. Vergl. Decret v. 20. März 1837. §. 11. Rescript v. 14. März 1812. C. III. C. A. I. p. 262.

Theil abweichende Grundsätze, von denen hier nicht die Rede sein kann [23].

§. 129 b.

Von dem Amortisationsverfahren wegen verloren gegangener Wechsel und kaufmännischer Anweisungen.

Vor der Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung [1] war die Amortisation abhanden gekommener Wechsel und Anweisungen in Sachsen völlig unbekannt, indem nur die Leipziger Wechselordnung [2] bestimmte, daß wenn ein acceptirter Wechsel verloren worden, und der Debitor der Schuld geständig sei, wider denselben zwar nach Wechselrecht verfahren, derjenige aber, so das Geld einzuheben, zuvor zu hinreichender Sicherstellung des Schuldners gegen Ansprüche dritter Personen verbunden sei. Nach Artikel 73 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung kann aber der Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels die Amortisation dieses Wechsels beantragen und nach Einleitung des Amortisationsverfahrens, je nachdem er bis zur Amortisation des Wechsels Sicherheit bestellt, oder nicht, vom Acceptanten Zahlung oder Deposition der aus dem Accepte schuldigen Summe fordern. Diese Bestimmung ist als eine auf Billigkeitsrücksichten beruhende [3] Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze anzusehen, daß die Ausübung wechselmäßiger Berechtigungen schlechterdings von dem Besitze des Wechsels abhängig ist [4], und gilt trotz ihrer allgemeinen Fassung im ersten Satze [5], wie sich aus den späteren Sätzen [6], wo nur vom Acceptanten die Rede ist, deutlich

---

[23] Namentlich ist bei mehreren die Zeit abgekürzt, nach deren Verlauf mit Erlassung der Edictalladung verfahren werden kann.

[1] Siehe Gesetz die Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung betreffend v. 25. April 1849.

[2] Confirmirte Wechsel-Ordnung vor dero Stadt Leipzig vom 2. October 1682, C. A. II. p. 2023 fg. Art. XXXIII.

[3] Vergl. Jolly im Archiv f. deutsches Wechselrecht IV, 1. p. 7.

[4] Denn der Wechsel ist nicht blos Beweismittel, sondern die ausschließliche formelle Bedingung für die Entstehung der Wechselforderung, ebenso aber auch wenigstens in der Regel für ihr Fortbestehen und ihre Geltendmachung.

[5] „Der Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels kann die Amortisation des Wechsels bei dem Gerichte des Zahlungsorts beantragen."

[6] „Nach Einleitung des Amortisationsverfahrens kann derselbe vom Acceptanten Zahlung fordern, wenn er bis zur Amortisation des Wechsels Sicherheit bestellt. Ohne eine solche Sicherheitsstellung ist er nur die Deposition

ergiebt, von Tratten nur dann, wenn sie zu der Zeit, wo sie abhanden gekommen sind, bereits acceptirt waren, also ein Acceptant vorhanden ist, gegen welchen das Recht aus dem abhanden gekommenen Wechsel ausnahmsweise noch geltend gemacht werden kann. Demnach hat dieses Mortificationsverfahren lediglich den Zweck, dem Verlierer die Geltendmachung seiner Rechte bei eigenen Wechseln gegen den Aussteller, bei Tratten aber gegen den Acceptanten möglich zu machen, während die Regreßklage aus amortisirten eigenen oder trassirten Wechseln, gleichviel ob dieselbe gegen einen Indossanten oder bei Tratten gegen den Aussteller gerichtet ist, von der Beobachtung der vorschriftmäßigen Solennitäten abhängig ist [7], und wenn der Wechsel nach dem Verfalltage und nach Erhebung des Protests Mangels Zahlung, also nach Beobachtung dieser Solennitäten verloren gegangen sein sollte, dennoch zu keinem Resultate führen kann, weil die Wechselgiranten zur Einlösung des Wechsels nur gegen Aushändigung des ihre Unterschrift enthaltenden Wechseldocuments verpflichtet sind [8], und weil die Allgemeine Deutsche Wechselordnung, welche nur den Acceptanten erwähnt [9] und hier, wo es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, streng ausgelegt werden muß, dem Verlierer den Wechselgiranten gegenüber keine solche Vergünstigung zugebilligt hat [10]. Aus dem nämlichen Grunde giebt die Mortification des verlorenen Wechsels auch gegen den Ehrenacceptanten keine Rechte [11]. Ebensowenig kann nach Mortification einer domicilirten Tratte gegen den Acceptanten Klage erhoben werden, da die Anstellung der Wechselklage gegen diesen ebenfalls von Beobachtung der Wechselsolennitäten abhängig

---

der aus dem Accepte schuldigen Summe bei Gericht oder bei einer anderen zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt zu fordern berechtigt."

[7] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 41 fg.

[8] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 48 u. 54.

[9] Siehe oben not. 6.

[10] Vergleiche über diese sehr bestrittene, dem materiellen Wechselrechte angehörige Frage namentlich Thöl Handelsrecht II. §. 290. Gelpkes Zeitschrift für Handelsrecht Heft 2. sub 7. Jolly im Archiv f. deutsches Wechselrecht IV, 1. p. 1 fg. Leonhard Wächter daselbst IV, 8. p. 245 fg.

[11] Denn auch diesem muß der Wechsel und der Protest Mangels Zahlung gegen Erstattung der Kosten ausgehändigt werden. Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 63. Archiv für deutsches Wechselrecht I. p. 47 fg. Jolly daselbst p. 18 fg.

ist[12]. Die Klage aus dem verlorenen Wechsel kann sofort nach Einleitung des Amortisationsverfahrens[13], aber im Wege des Wechselprocesses nur dann, wenn der Acceptant seiner Schuld geständig ist, sonst nur in der gewöhnlichen Proceßform angestellt werden, und darf sich im letzteren Falle der Kläger nicht blos der Urkunden, sondern auch anderer Beweismittel bedienen[14]. Vom Ablaufe der Verjährungsfrist ist die Einleitung des Amortisationsverfahrens nicht abhängig[15].

Zu Ausführung dieser für Sachsen neuen Bestimmungen der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung, welche nach dem Gesetze vom 7. Juni 1849, die kaufmännischen Anweisungen betreffend, in Sachsen auch auf von dem Assignaten acceptirte Anweisungen[16] Anwendung leiden müssen, bedurfte es einer Regelung des dort unberührt gebliebenen Amortisationsverfahrens. Diese war im Gesetze vom 7. Juni 1849 über den Schuldarrest und den Wechselproceß unterblieben und erfolgte erst im Gesetze vom 24. December 1850, die Amortisation verloren gegangener Wechsel und kaufmännischer Anweisungen betreffend. Nach diesem Gesetze ist der Antrag auf Einleitung des Amortisationsverfahrens bei dem ordentlichen Gerichte des Zahlungsorts, in Leipzig beim Handelsgerichte im Königlichen Bezirksgerichte zu stellen[17]. Zu Begründung dieses Antrags ist eine Abschrift der Wechselurkunde oder der Anweisung beizubringen, oder doch der wesentliche Inhalt derselben[18] und Alles dasjenige anzugeben, was das Gericht zur vollständigen Erkennbarkeit für nöthig hält, ingleichen

---

[12] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 43. Jolly l. l. p. 14 fg.

[13] Dieß erhellt aus Art. 73 der allgemeinen deutschen Wechselordnung. Siehe oben not. 6.

[14] Siehe das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIII. p. 246 fg. und bei Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 629. p. 342 fg. abgedruckte Erkenntniß des Ober-App.-Gerichts, und dazu Art. XXXIII. der Leipziger Handelsgerichts-Ordnung v. 2. October 1682. C. A. II. p. 2023 fg.

[15] Leipziger Conferenzprotocolle Originalausgabe p. 147 fg. Archiv f. deutsches Wechselrecht I. p. 215.

[16] Vergl. §. 4. 5 u. 6. des angezogenen Gesetzes.

[17] Gesetz v. 24. Decbr. 1850. §. 1. Vergl. allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 73 (oben not. 5).

[18] Hierbei ist Art. 4 und beziehendlich 96 der allgemeinen deutschen Wechselordnung maßgebend.

nicht nur der Besitz, sondern auch der Verlust der Urkunde glaubhaft zu machen[19]. Die hierauf zu erlassende öffentliche Aufforderung an den unbekannten Inhaber des Wechsels oder der Anweisung, die Urkunde binnen einer bestimmten Frist dem Gerichte vorzulegen, enthält keinen Anmeldungstermin, sondern eine vom Verfalltage an, oder, wenn dieser schon vorüber ist, vom Tage der ersten Bekanntmachung[20] an zu berechnende mindestens sechsmonatliche[21] und längstens einjährige Frist zur Meldung, und die Verwarnung, daß im Falle der Nichtmeldung nach Ablauf der Frist der Wechsel für kraftlos erklärt werden würde[22]. Diese Aufforderung muß nothwendig am Gerichtshause oder an einer anderen vom Gerichte für geeignet befundenen öffentlichen Stelle am Zahlungsorte, und wenn an diesem Orte eine Börse besteht, überdieß im Börsenlocale angeschlagen, auch dreimal in der amtlichen Leipziger Zeitung eingerückt werden, kann aber auch, wenn der Richter nach den Umständen dieß für zweckmäßig hält, an mehren Stellen angeschlagen und in mehren Zeitungen inserirt werden[23]. Wird der Wechsel oder die Anweisung von einem Inhaber rechtzeitig vorgelegt, so hat das Gericht den Antragsteller hiervon zu benachrichtigen und ihm die Geltendmachung seines Rechts gegen den Inhaber zu überlassen[24]. Die zu Rechtfertigung des Antrags auf Einleitung des Amortisationsverfahrens erforderliche vorläufige Bescheinigung des Besitzes und Verlusts der Urkunde, welche nach richterlichem Ermessen sogar mittelst eidlicher Bestärkung erfolgen kann[25], genügt dem Inhaber gegenüber zu Beibringung der Activlegitimation schon deßhalb nicht, weil diese vorläufige Bescheinigung nur dem Richter gegenüber erbracht und der Inhaber dabei nicht ge-

---

[19] Gesetz v. 24. December 1850. §. 2. Nach richterlichem Ermessen kann hierbei auch eidliche Bestärkung eintreten. Angez. Gesetz §. 2. Auf diese vorläufige Bescheinigung hin ist noch kein Mortificationsschein auszufertigen, sondern vorher der Ausfall des Mortificationsverfahrens abzuwarten. Archiv für deutsches Wechselrecht I. p. 212 fg.

[20] Hierunter ist nicht blos die Bekanntmachung in der Leipziger Zeitung, sondern auch die Bekanntmachung mittelst Anschlags zu verstehen.

[21] Hierunter sind gewöhnliche Kalendermonate zu verstehen. Angez. Gesetz §. 5.

[22] Angez. Gesetz §. 3 u. 5.

[23] Angez. Gesetz §. 4.

[24] Angez. Gesetz §. 6.

[25] Angez. Gesetz §. 2.

hört worden ist, auch dieser Letztere, wenn er durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten legitimirt ist, sogar dann, wenn unter den Indossamenten falsche sich befinden sollten, die Vermuthung des rechtmäßigen Erwerbs für sich hat[26]. Demnach wird der Verlierer in seiner gegen den Inhaber anzustellenden Klage, welche natürlich keine Wechselklage, sondern eine gewöhnliche Klage ist, nicht nur den Besitz und Verlust des Wechsels nunmehr voll beweisen, sondern auch noch überdieß darlegen müssen, daß der Inhaber den Wechsel mala fide erworben, oder sich dabei wenigstens einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe[27]. Hat sich innerhalb der festgesetzten Anmeldungsfrist kein Inhaber gemeldet, so erklärt das Gericht den Wechsel oder die Anweisung auf weiteren Antrag des Imploranten mittelst einer zu den Acten gebrachten Resolution für amortisirt[28], worüber demselben auf Verlangen ein Mortificationsschein ausgefertigt wird[29].

---

[26] Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 36.

[27] Siehe Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. XIII. p. 246 fg. und Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 629. p. 342 fg. in Verbindung mit Art. 73 u. 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung. Archiv f. deutsches Wechselrecht I. p. 214.

[28] Gesetz vom 24. December 1850. §. 6. Eines Erkenntnisses bedarf es also nicht.

[29] Von diesem Zeitpunkte an bedarf es keiner Sicherstellung des Acceptanten oder Ausstellers mehr. Die bestellte Caution wird also zurückgegeben, der Bürge entlassen, das Pfand liberirt und der deponirte Betrag der Wechselschuld an den Imploranten ausgeantwortet. Das sonst im Edictalprocesse abzuwartende Restitutionsjahr ist hier ebensowenig zu beachten, als in dem oben §. 129 bei not. 16 erwähnten Falle.

Sechste Abtheilung.
Vom Eheprocesse.

Zwanzigstes Capitel.
Vom Eheprocesse im Allgemeinen.

§. 130.
Begriff und Gegenstand des Eheprocesses.

Nach Aufhebung der früher in Sachsen bestehenden protestantischen geistlichen Gerichte, der Consistorien[1], findet das vor denselben in allen Consistorialsachen übliche summarische Verfahren[2] nur noch in Ehesachen Statt[3]. Unter Ehesachen, Ehestreitigkeiten, causae matrimoniales, versteht man nicht nur alle diejenigen zwischen Ehegatten entstandenen Streitigkeiten, welche entweder die Fortsetzung oder die Trennung einer bestehenden gültigen Ehe vom Bande[4] oder von Tisch und Bette[5], oder

[1] C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 55. Ueber die noch jetzt bestehenden katholisch-geistlichen Consistorien s. Mandat v. 19. Februar 1827. u. unten §. 131.

[2] Vergl. darüber besonders Kirchenordnung v. 1. Januar 1580. „Vom Proceß derer Consistorien" C. A. I. p. 475 fg. Erl. Pr.-O. I. 6. u. Anhang §. 2. Resolutiones in Consistorialibus vom 27. Januar 1786. C. II. C. A. I. p. 295. C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 53 fg. Verordnung v. 28. März 1835. §. 11. u. 34. sub 1. Berger Electa processus matrimonialis, Lips. 1745. p. 271 fg. Weber Systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechts, Auflage I. Leipzig 1829. II. §. 129. p. 1188 fg. Aufl. II. Leipzig 1843. Biener Syst. §. 306 fg. E. M. Schilling, der Ehescheidungsproceß in den Sächsischen Gerichten, Leipzig 1831. Volkmann System §. 209 fg. p. 55 fg. Lengnick, der Sächsische Eheproceß, Leipzig 1847.

[3] Die Verordnung v. 28. März 1835. §. 11. u. 34. sub 1. bestimmt ausdrücklich, daß die neuen Ehegerichte den bisher in Ehesachen üblich gewesenen summarischen Eheproceß beibehalten sollen.

[4] Katholiken können vom Bande nicht geschieden werden. Dagegen findet bei ihnen eine immerwährende Trennung von Tisch und Bette Statt, welche bei Nichtkatholiken nur auf die Dauer des Eheprocesses oder zu Versöhnung der sehr erbitterten Gemüther und zwar im letzteren Falle sogar von Amtswegen ausgesprochen werden kann. Vergl. v. Weber in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung II, 2. p. 6 fg.

[5] Dieser Antrag auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bette kann auch selbständig gestellt werden. Weber Kirchenrecht II. §. 129. p. 1188. §. 132. p. 1281 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854. N. F. II, 73. p. 286 fg. Lengnick in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung IX, 6. p. 112 fg. und die daselbst XI. p. 389 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts. Vergl. unten §. 142.

auch die Annullirung einer von Anfang an ungültigen[6] Ehe zum Zwecke haben, sondern auch diejenigen Differenzen, welche zwischen Ascendenten und Descendenten wegen des von den Ersteren verweigerten Consenses in eine von den Letzteren beabsichtigte Ehe entstanden sind[7]. Gegenstand des Eheprocesses ist also ausschließlich die Gültigkeit und das Fortbestehen der Ehe selbst, oder die Erfüllung derjenigen Pflichten, welche die Erreichung der Zwecke einer christlichen Ehe bedingen, sowie die Frage, ob ein Ascendent zu Interponirung seines Consenses in eine von seinem Descendenten beabsichtigte Ehe verpflichtet sei, oder nicht. Demnach gehören Streitigkeiten über die den Ehegatten gegen einander während der Ehe in Betreff ihres Privatvermögens zustehenden Rechte ebensowenig zu den Ehestreitigkeiten, als Differenzen über die den streitenden Ehegatten unter sich und rücksichtlich ihrer Kinder nach der Annullation oder Scheidung der Ehe vom Bande oder nach der immerwährenden Scheidung von Tisch und Bette zustehenden Rechte und obliegenden Verbindlichkeiten[8]. Dagegen kann für die Dauer eines Ehestreits oder einer zeitigen Trennung von Tisch und Bette bei Gelegenheit des Eheprocesses mittelst ehepolizeilicher Anordnung festgestellt werden, welcher Theil für die Erziehung der in der Ehe erzeugten Kinder zu sorgen und ob und in welcher Höhe der Ehemann der Ehefrau für sich und für die bei derselben verbliebenen Kinder Alimente zu gewähren habe[9]. Die Entscheidung dieser Frage ist von der Entscheidung der der ausschließlichen Cognition der Ehegerichte unterliegenden Vorfrage abhängig, ob es den Ehegatten gestattet sei, getrennt zu leben, mithin bis zur Trennung der Ehe

---

6 Gleichgültig ist, ob der Annullationsgrund ein öffentlicher ist, oder nicht. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854. N. F. II, 67. p. 270 fg.

7 C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 54. Auf Vollziehung der Ehe kann nicht mehr geklagt werden. C. Gesetz §. 52. Ueber die Grundsätze, nach denen der Consens in die Ehe supplirt wird, s. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 150. p. 409 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts.

8 C. Gesetz §. 64. Vergl. schon Erledigung der Landesgebrechen v. 22. Juni 1661. Tit. von Consistorialsachen §. 7. C. A. I. p. 195 fg. Befehl v. 13. October 1786. C. II. C. A. I. p. 313. Ueber die Frage, ob Differenzen zwischen den geschiedenen Ehegatten in Betreff der Erziehung der Kinder vor die Justiz- oder vor die Verwaltungsbehörden gehören, s. die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1841. I, 73. p. 242. mitgetheilte Entscheidung des Justizministeriums.

9 C. Gesetz §. 64. Ueber die Execution, welche in Betreff solcher Leistungen dem ordentlichen Unterrichter überlassen bleiben muß, s. unten §. 145.

vom Bande ebenfalls der ausschließlichen Competenz der Ehegerichte überwiesen, und ist es hierbei gleichgültig, ob der Eheproceß seine Endschaft bereits erreicht hat, oder nicht[10]. Dagegen gehört die Frage, ob ein Ehegatte nach Trennung der Ehe Alimente zu gewähren habe, sowie die Frage, welchem Ehegatten nach dieser Zeit die Erziehung der Kinder zu überlassen sei, zur Cognition der gewöhnlichen Civilgerichte[11]. Von den Gründen, aus denen die Annullation einer ungültigen Ehe erfolgen muß, oder auf Trennung einer gültigen Ehe vom Bande oder von Tisch und Bette angetragen werden kann, sowie von den Fällen, in welchen ein Ascendent seine Einwilligung in die von seinem Descendenten beabsichtigte Ehe verweigern darf, kann hier nicht die Rede sein[12].

§. 131.

Von den Ehegerichten überhaupt.

Ehegerichte nennt man diejenigen Gerichte, vor welchen die Ehestreitigkeiten verhandelt werden. Als solche fungiren nach der heutigen Königlich Sächsischen Justizverfassung[1] a. die vier Bezirks-Appellationsgerichte, von denen bei den Gütetermінen, sowie bei Ertheilung von Resolutionen und Abfassung von Erkenntnissen zwei evangelische und nach Befinden[2] außerdem

---

[10] Deßhalb bestimmt auch die Verordnung v. 5. August 1847 ausdrücklich, daß die Entscheidung über die gesetzliche Verpflichtung des Ehemanns zur Verabreichung von Alimenten für die Ehefrau und in der Ehe erzeugten Kinder, sowie über die Verbindlichkeit, für Erziehung der Letzteren zu sorgen, auch dann ausschließlich zur Competenz der Ehegerichte gehöre, wenn nach bereits beendigtem Zwangsverfahren der unschuldige Theil nicht auf Scheidung, sondern auf Verabreichung von Alimenten anträgt. Vergl. noch Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 139 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 10. p. 52 fg. 12. p. 57 fg. 82. p. 310 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 709. p. 197 fg.

[11] Vergl. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung l. l. Ackermann l. l. Ueber die Grundsätze, nach welchen der Richter nach erfolgter Trennung der Ehe über die Erziehung der Kinder zu bestimmen habe, s. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfragen No. 229. Hänsel zu Curtius Handbuch I. §. 148. p. 294.

[12] Denn diese gehören in das materielle Eherecht. Vergl. besonders Weber l. l. II. §. 123 fg. p. 1101 fg. §. 129. p. 1188 fg. §. 130. p. 1206 fg. §. 131. p. 1236. v. Hartitzsch das im Königreiche Sachsen geltende Eherecht, Dresden 1836. Lengnick l. l. §. 25 fg. p. 77 fg.

[1] C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 54 fg. S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 154. Weber Kirchenrecht I. §. 31. p. 104 fg. Aufl. II.

[2] Nämlich dann, wenn die eine Partei katholischer Confession ist. C. Gesetz §. 55.

noch zwei katholische Geistliche des Orts, wo das Appellationsgericht seinen Sitz hat, als stimmfähige Mitglieder zuzuziehen sind[3]. b. das Ehegericht zu Glauchau im ganzen Umfange der Schönburgischen Receßherrschaften[4] und c. die beiden katholischen Consistorien zu Dresden und Bautzen, ersteres in den Erblanden, letzteres in der Ober-Lausitz[5]. Für die zwischen Mitgliedern des Königlichen Hauses entstandenen Ehestreitigkeiten ernennt der König jedesmal ein besonderes dem Erforderniß entsprechend bestelltes Ehegericht[6]. Ueber die Ehestreitigkeiten der Juden haben diese Ehegerichte nicht zu cognosciren[7]. Vielmehr sind in solchen die Rabbiner zuständig. Ebensowenig concurriren die Gerichte bei den Ehestreitigkeiten der griechisch-katholischen und anderer zu keiner der anerkannten Confessionen gehörender Christen[8]. Von der Cognition der Polizeibehörden

---

[3] C. Gesetz §. 55. in Verbindung mit Gesetz die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz für Rechtspflege und Verwaltung betreffend v. 11. August 1855. §. 3. Diesen Geistlichen steht alsdann eine ebenso entscheidende Stimme zu, wie den Mitgliedern des Gerichts selbst. C. Gesetz l. l. Dieselben haben, wenn sie zum ersten Male zugezogen werden, den Richtereid zu leisten. Weber Kirchenrecht I. §. 31. not. 13. p. 104. Aufl. II. Lengnick l. l. §. 9. p. 21. Die Zahl der Mitglieder des Appellationsgerichts ohne Einrechnung des Dirigenten muß der Zahl der anwesenden Geistlichen gleich sein. Weber l. l. Die Concurrenz der Geistlichen ist auf die Verhörs- und auf die Schwörungstermine beschränkt.

[4] Verordnung v. 23. Novbr 1835. Beilage sub C. §. 13. vergl. mit C. Gesetz §. 61. Dieses Ehegericht wird von dem Hause Schönburg bestellt und besteht aus dem Canzleidirector und zwei Rechtsgelehrten, ingleichen der gesetzlich vorgeschriebenen Anzahl geistlicher Beisitzer. Dieses Ehegericht tritt insoweit in die Stelle der Bezirks-Appellationsgerichte ein und ist daher dem Ober-Appell.-Gerichte unmittelbar untergeordnet. Angez. Verordnung l. l. C. Gesetz §. 61 am Ende.

[5] Mandat v. 19. Februar 1827. C. Gesetz §. 62. in Verbindung mit Gesetz die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz für Rechtspflege und Verwaltung betreffend v. 11. August 1855. §. 3. Dieselben haben sich nach den Landesgesetzen zu richten, insoweit nicht die Dogmen ihrer Kirche entgegenstehen. Vergl. das angez. Mandat v. 19. Februar 1827. §. 23. Die Ehegerichtsbarkeit mehrer Patrimonialgerichte in der Ober-Lausitz — vergl. C. Gesetz §. 61. — ist mit diesen weggefallen. Dahin gehörten die Stadtgerichte der Vierstädte, die Canzleien der Standesherrschaften Reibersdorf und Königsbrück und die Rittergutsgerichte zu Pulsnitz. In Betreff dieser Untergerichte war die bestehende Einrichtung beibehalten worden. Dieselben standen den Bezirks-Appellationsgerichten, insoweit sie als Ehegerichte thätig sind, gleich, und berichteten auf Appellation unmittelbar an das Ober-App.-Gericht. C. Gesetz l. l. Sie vollstreckten die Hülfe in Ehesachen selbst, wenn sie als ordentliche Untergerichte zuständig waren. C. Gesetz §. 64.

[6] Königliches Hausgesetz v. 30. Decbr 1837. Abschnitt IX. §. 77. G. S. v. 1838. p. 70.

[7] C. Gesetz §. 65.

[8] So hat das Justizministerium 1842 sich ausgesprochen. Wochenblatt

in Ehestreitigkeiten wird unten die Rede sein[9]. Die Competenz der Ehegerichte ist nach den Religionsverhältnissen der streitenden Parteien zu beurtheilen. Sind beide Parteien protestantischer oder deutschkatholischer Confession, so entscheiden die Bezirks-Appellationsgerichte in der obigen Zusammensetzung[10], oder nach Befinden das Ehegericht zu Glauchau[11]. Dasselbe gilt, wenigstens in den Erblanden, wenn nur der eine Ehegatte evangelischen, der andere katholischen Glaubens ist[12]. In der Ober-Lausitz muß die Ehesache in solchem Falle vor dem katholischen Consistorium zu Bautzen verhandelt werden, wenn der Beklagte Katholik ist[13]. Sind beide Parteien katholisch, so sind in den Erblanden das katholische Consistorium zu Dresden, in der Ober-Lausitz das katholische Consistorium zu Bautzen zuständig[14]. Lehnen die zugezogenen katholischen oder evangelischen Geistlichen ihre Theilnahme ab, oder suspendiren sie ihr Votum, so steht dieß der Gültigkeit des gefaßten Beschlusses oder des gefällten Erkenntnisses nicht im Wege[15].

§. 132.

Competenzverhältnisse dieser Ehegerichte unter einander.

Die Competenz der im vorigen §. erwähnten Ehegerichte wird, soweit eine Collision derselben überhaupt möglich ist, nach

---

f. merkw. Rechtsfälle 1848. VIII, 18. p. 71 fg. Vergl. Boehmer Jus Eccles. Prot. V, 6. §. 43. Schott Eherecht §. 59. Struben Rechtl. Bed. III, 65. Lengnick l. l. Nachträge p. 163. und den im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1845. V, 9. p. 17 fg. mitgetheilten interessanten Rechtsfall.

[9] Siehe unten §. 133.

[10] C. Gesetz §. 55.

[11] C. Gesetz §. 61. Verordnung vom 23. Novbr 1835. Beilage sub C. §. 13. Diese Grundsätze gelten nicht bloß von Lutheranern, sondern auch von Reformirten. Vergl. Rescript v. 7. August 1818.

[12] C. Gesetz §. 55.

[13] Verordnung v. 28. März 1835. §. 35. In Betreff der in erbländischen Orten der Ober-Lausitz vorkommenden gemischten Ehesachen gilt dieß nicht. Vielmehr gilt dort die oben bei not. 12. angegebene Regel und ist daher das Bezirks-Appell.-Gericht zu Budissin in allen Fällen competent. Angez. Verordnung l. l. Ist der Beklagte dem evangelischen Glauben zugethan, so wird die gemischte Ehesache auch in der Ober-Lausitz vor dem Bezirks-Appell.-Gerichte zu Budissin verhandelt. Aendern sich während des Processes die Parteirollen, so kann das bis dahin zuständige Ehegericht die Ehesache wegen Connexität fortsetzen. A. M. ist Lengnick l. l. §. 9. p. 20. Wegen der gemischten Ehen der in der Ober-Lausitz garnisonirenden Militärpersonen s. unten §. 132. not. 4.

[14] C. Gesetz §. 62. vergl. mit Mandat v. 19. Februar 1827.

[15] C. Gesetz §. 58. Verordnung v. 7. Novbr 1835.

demjenigen Bezirke bestimmt, in welchem der Ehemann[1], oder bei Streitigkeiten wegen Verweigerung des Consenses in die Ehe, der Ascendent[2] zur Zeit der Anstellung der Klage seinen Wohn- oder actuellen Aufenthaltsort hat[3], oder wenn er Militär ist, in Garnison steht[4]. Ist der Wohnort von dem im Inlande befindlichen actuellen Aufenthaltsorte verschieden, so hat der letztere den Vorzug[5]. Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch dann, wenn sich der Ehemann oder Ascendent in einer Straf-, Heil- oder Versorgungs-Anstalt[6], oder an einem dritten Orte in Wechsel- oder Untersuchungshaft befindet, oder im Auslande seinen temporären Aufenthaltsort genommen hat, ohne aus dem diesseitigen Staatsverbande auszuscheiden[7]. Denn in diesen Fällen cognoscirt das-

---

[1] C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 55.

[2] C. Gesetz §. 54.

[3] C. Gesetz §. 55. u. 54. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 137. Der zufällige oder momentane Aufenthalt hat also keinen Einfluß. Vergl. Verordnung v. 1. Februar 1841.

[4] C. Gesetz §. 63. Das Ehegericht zu Glauchau ist in Ehesachen der Militärpersonen niemals zuständig. Auch werden gemischte Ehesachen der in der Ober-Lausitz garnisonirenden Militärpersonen auch dann bei dem Appellationsgerichte zu Bautzen verhandelt, wenn auch der beklagte Theil Katholik ist. Vergl. C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 63.

[5] So hat das Justizministerium sich ausgesprochen. Siehe das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung I. p. 552. mitgetheilte Präjudiz.

[6] Verordnung v. 9. April 1836. §. 18.

[7] Die Grundsätze von den temporären Unterthanen leiden also in Ehesachen keine Anwendung. Vielmehr wird Staatsangehörigkeit des Ehemanns oder Ascendenten erfordert, es müßte denn die Klage des Ehegatten nur auf Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses und beziehendlich auf Aufnahme gerichtet sein, in welchem Falle Sächsische Ehegerichte auch dann competent sind, wenn der Ehemann die Staatsangehörigkeit in Sachsen nicht erlangt hat. Wird jedoch im Laufe des Processes auf Trennung der Ehe angetragen, oder beruft sich der Beklagte für seine Weigerung auf Gründe, die ihn seinerseits zu einem Antrage auf völlige oder zeitweilige Trennung berechtigen können, so sind die Parteien an die Gerichte des Staats zu verweisen, dem sie angehören. Dieß gilt auch von Preußischen, Altenburgischen, Reußischen, Sachsen-Weimar-Eisenachschen und Sachsen-Coburg-Gothaischen Staatsangehörigen. So hat nach Lengnick in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. VII, 16. p. 298 fg. das Ober-Appellationsgericht im Jahre 1847 unter Bezugnahme auf eine Justizministerialverordnung v. 6. Novbr 1847 verordnet. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 522. p. 54 fg. Da jedoch die ausnahmslose Durchführung dieses Grundsatzes, insbesondere wenn die betreffenden Eheleute ihren wesentlichen Aufenthalt in Sachsen haben, und es sich um Annullirung oder Trennung einer von einem Ausländer mit einer Sächsischen Unterthanin eingegangenen Ehe handelt, zu Härten führen würde, so sind die Ehegerichte angewiesen, in Fällen der gedachten Art vor weiterer Beschlußfassung auf die Klage an das Justizministerium Vortrag zu erstatten, welches dann nach Befinden von der ihm im B. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 10. sub 4. ertheilten Befugniß Gebrauch macht. Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 523. p. 55 fg. Vergl. hierzu die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. X. p. 276 fg.

jenige Ehegericht, in dessen Bezirke der Ehemann oder Ascendent vor seiner Aufnahme in der Straf-, Heil- oder Versorgungs-Anstalt [8], vor seiner Verhaftung, oder vor seinem Weggehen in das Ausland sich wesentlich aufgehalten hat. Verändert der Ehemann oder Ascendent später seinen Wohn- oder Aufenthalts- und beziehendlich Garnisonsort, so hat dieß auf die Competenz nur dann Einfluß, wenn die Ehestreitigkeit aufhörte, rechtshängig zu sein, also namentlich der frühere Ehestreit rechtskräftig definitiv entschieden war [9]. Prorogation des Gerichtsstands ist unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig [10].

§. 133.

Competenz der Polizeibehörden in Ehestreitigkeiten.

Die Ehestreitigkeiten gehören zu den Justizsachen, weil es sich in denselben um Privatrechte handelt, welche der eine Theil für sich in Anspruch nimmt, der andere anzuerkennen sich weigert [1]. Indeß erheischt das öffentliche Wohl die Handhabung polizeilicher Aufsicht darüber, daß durch gröbliche Verletzung der ehelichen Pflichten von Seiten eines oder beider Ehegatten kein öffentliches Aergerniß gegeben, oder die Sittlichkeit verletzt werde. Demnach ist es den Polizeibehörden unbestritten gestattet, in dem Falle, wenn Ehegatten getrennt leben und durch Concubinat, Obdachlosigkeit, Vagabundiren, heimathloses Aufliegen, Vernachlässigung

---

mitgetheilte noch weiter gehende Verordnung des Ober-Appell.-Gerichts vom 20. November 1850. Ueber die Frage, ob die Ehefrau verpflichtet sei, dem Ehemanne ins Ausland zu folgen, s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851. XI, 46. p. 180 fg.

[8] Angez. Verordnung v. 9. April 1836. §. 18. Ueber die Abhaltung des Sühneversuchs und Verhörstermins in solchen Fällen s. unten §. 136 und 139.

[9] So hat das Justizministerium 1836 sich ausgesprochen. Vergl. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 223. Ueber die Competenzverhältnisse zwischen den Ehegerichten verschiedener Länder s. Weber Kirchenrecht I. §. 58. p. 323. Aufl. II. Volkmann System §. 212. p. 68 fg.

[10] Namentlich muß also das Gericht, auf welches prorogirt wird, ein Ehegericht, und zwar ein inländisches, auch für diejenige Gattung von Ehesachen zuständig sein, zu welcher die betreffende Ehesache gehört. In einer gemischten Ehesache kann also, wenigstens in den Erblanden, auf das katholisch-geistliche Consistorium nicht compromittirt werden. Ebensowenig ist die Prorogation einer rein protestantischen Ehesache auf ein katholisches Ehegericht, oder die Prorogation einer rein katholischen Ehesache auf ein protestantisches Ehegericht gestattet.

[1] A. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 28. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 13 bei not. 5.

der Angehörigen, so daß diese der öffentlichen Mildthätigkeit anheimfallen, oder sonst öffentliches Aergerniß geben, ebensowohl amtlich als auf vorhergegangene Aufforderung eines Ehegatten im Verwaltungswege einzuschreiten und die Ungehörigkeiten, welche sich die getrennt lebenden Ehegatten zu Schulden kommen lassen, durch polizeiliche Zwangsmittel, nach Befinden dadurch zu beseitigen, daß die Ehegatten zur Aufgabe des Getrenntlebens angehalten werden. Ebenso unterliegt es keinem Zweifel, daß die Wiedervereinigung der getrennt lebenden Ehegatten [2] im Verwaltungswege unzulässig ist, sobald einer derselben Schritte gethan hat, der Differenz im Justizwege mit Hülfe der Justizbehörde ein Ende zu machen, sobald also eine Klage auf Fortsetzung oder Trennung der Ehe bei dem Ehegerichte eingereicht, oder doch die Veranstaltung eines Sühnetermins vor dem Geistlichen beantragt worden ist [3]. Denn für die Dauer des Rechtsstreits sind die Ehegatten berechtigt, getrennt zu leben [4]. Dagegen ist es zweifelhaft, ob vor Einleitung des Eheprocesses und so lange also zu Beseitigung der Ehedifferenz im Justizwege von Keinem der Betheiligten Schritte gethan worden sind, die Polizeibehörde auf Anrufen des einen Theils oder sogar von Amtswegen einschreiten und die getrennt lebenden Ehegatten zum ehelichen Zusammenleben im Verwaltungswege auch dann anhalten könne, wenn die factische willkürliche Trennung der Ehegatten zu öffentlichem Aergerniß keine Veranlassung gegeben hat. Nach der richtigeren Ansicht ist diese Frage zu verneinen und muß daher der Polizeibehörde nicht nur das Befugniß abgesprochen werden, in solchem Falle in die entstandene Eheirrung amtlich sich einzumischen, sondern es hat auch die Polizeibehörde den ansuchenden Ehegatten mit seinem Gesuche um polizeiliche Nöthigung des anderen Ehegatten zum Zusammenleben zurück- und an die betreffende Justizbehörde zu verweisen [5].

---

[2] Von der Abstellung der übrigen Ungehörigkeiten gilt dieß nicht, denn solche dürfen sich die Ehegatten natürlich auch während der Dauer des Eheprocesses nicht zu Schulden kommen lassen.

[3] So hat das Justizministerium im Mai 1839 sich ausgesprochen.

[4] Dieser feststehende Gerichtsbrauch läßt sich in jeder Hinsicht rechtfertigen. Vergl. Rescript v. 12. Februar 1808. C. III. C. A. I. p. 173. u. Mittheilungen aus dem Gebiete der Rechtskunde v. voigtländ. jurist. Vereine IV, 5. p. 60 fg. u. 65 fg. Auch wird die Trennung von Tisch und Bette für die Dauer des Rechtsstreits in den meisten Fällen im ersten Erkenntnisse ausdrücklich ausgesprochen, sobald dieses Erkenntniß interlocutorisch ist.

[5] Wollte man der Polizeibehörde das Recht einräumen, gegen Ehegatten,

Denn die entstandene Eheirrung ist auch in solchem Falle eine reine Justizsache, deren privatrechtlicher Charakter von der geschehenen Einreichung der Klage bei der Justizbehörde nicht bedingt ist[6], indem zwar eine streitige Justizsache durch Anrufung der Staatshülfe zur Proceßsache, keineswegs aber eine Verwaltungssache zur Justizsache werden kann[7].

§. 134.

Allgemeine in Ehesachen geltende Grundsätze.

Die Rücksichten, welche das allgemeine Wohl in Betreff des Instituts der Ehe erheischt[1], äußern auf die im Eheprocesse geltenden Grundsätze einen überwiegenden Einfluß. Daher ist das Object des Ehestreits, namentlich das Fortbestehen und die Gültigkeit einer geschlossenen Ehe der freien Disposition der Parteien keineswegs unterworfen[2]. Darauf beruht der Grundsatz, daß das bloße Zugeständniß im Eheprocesse in dem Falle, wenn die zugestandene Thatsache geeignet ist, die Trennung oder Annullirung der Ehe herbeizuführen, keinen vollen Beweis liefert, indem auch dann, wenn die streitenden Ehegatten über eine solche Thatsache einig sind, deßhalb allein noch keine juristische Gewißheit dieser Thatsache bewirkt wird[3]. Auf der anderen Seite muß eine bestehende Ehe aus Gründen des öffentlichen Wohls auch wider Willen der Parteien dann für nichtig erklärt werden, wenn

---

welche nicht zusammen wohnen, in allen Fällen im Verwaltungswege einzuschreiten, so würde dieß zu großen Härten und häufig zu ganz unbefugter Einmischung in Familienangelegenheiten führen. Auch würde dadurch die Zahl der Eheprocesse nicht vermindert, sondern vermehrt werden, was nicht im Interesse des Staats liegen kann.

6 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 27 u. 39.

7 Lengnick l. l. §. 11. p. 26 fg. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 39. Vergl. auch Mittheilungen aus d. Gebiete der Rechtskunde v. voigtländ. jurist. Vereine IV, 5. p. 42 fg. 54 fg. u. 65 fg. wo zum Theil andere Ansichten aufgestellt sind. Siehe noch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 83. p. 213 fg. und namentlich die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. X. p. 382 fg. mitgetheilte Verordnung des Ministeriums des Innern v. 13. Februar 1851.

1 S. oben §. 133.

2 Dieß gilt wenigstens insoweit, als die Disposition der Parteien dahin geht, die Ehe zu trennen. An Fortsetzung der Ehe sind sie nur dann verhindert, wenn dieselbe wegen eines vorhandenen öffentlichen Ehehindernisses aus Gründen des öffentlichen Wohls für nichtig erklärt werden muß. Vergl. unten bei not. 4.

3 Mindestens kann hier der Richter noch die Leistung des Collisionseides von den Parteien fordern.

die Nichtigkeit in den Rücksichten des öffentlichen Wohls ihren Grund hat[4]. Darauf beruht auch der Grundsatz des Eherechts, daß Vergleiche der Parteien gegen die Ehe nichtig sind, und daß die Verabredung der Parteien oder ihrer Anwalte, sich die Erlangung eines Scheidungserkenntnisses geflissentlich zu erleichtern, nicht nur ungültig, sondern nach Befinden sogar strafbar sind. Ueberhaupt ist im Eheprocesse nicht die Verhandlungsmaxime, sondern die derselben entgegenstehende Untersuchungsmaxime vorherrschend, und demnach die Leitung und Entscheidung des Rechtsstreits von den Anträgen der Parteien mehr oder weniger unabhängig[5]. Namentlich kann der Kläger zu Fortsetzung der Ehe mit dem Beklagten auch dann verurtheilt werden, wenn er nur auf Trennung oder Annullation derselben geklagt hat, sobald die Gründe, auf welche er seinen Antrag auf Trennung oder Annullation stützte, an sich unzureichend oder unerwiesen geblieben sind, obwohl der Beklagte die Fortsetzung der Ehe nicht verlangt hat. Aus demselben Grunde ist es dem Richter gestattet, ohne vorgängigen Antrag einer Partei auf Scheidung von Tisch und Bette zu erkennen, wenn er dieß wegen Erbitterung der Gemüther zur Aussöhnung derselben für rathsam hält. Hierher gehört auch die Ausdehnung des richterlichen Befugnisses, peremtorische Ausflüchte, welche aus den Acten sich ergeben, von Amtswegen zu berücksichtigen und auf Bosheitseide zu erkennen[6]. Ebenso bemerkenswerth ist die Unanwendbarkeit der Eventualmaxime im Eheprocesse, indem es nicht nur dem Kläger gestattet ist, Ehescheidungs-

---

[4] Namentlich gehört hierher die Ehe zwischen sehr nahen Verwandten und Bigamie. Ob dieß auch von Ehen zwischen Christen und Nichtchristen gelte, ist streitig und von Weber l. l. II. pag. 1246. not. 70. Aufl. I. bejaht, dagegen von Pohland Diss. de juribus ad bona conjugum, qui matrimonium nullum contraxerunt, spectantibus, Lips. 1828. verneint. Zur Annullation der Ehen von Militärpersonen, welche ohne Genehmigung der Militärbehörde, und der Ehen, welche ohne Einwilligung der Eltern abgeschlossen sind, bedarf es des Antrags der betreffenden Militärbehörde oder der Eltern. Befehl v. 6. März 1693. C. A. I. p. 1037. und vom 11. April 1693. C. A. III. p. 13. Rescript v. 31. Juli 1726. C. C. A. I. p. 261, wo dieß nur in Betreff der Gemeinen vom Wachtmeister und Sergeanten an bestimmt wird. Ordonnanz v. 19. Juli 1828. II. §. 68. G. S. p. 164. Ueber die Ungültigkeit der ohne Einwilligung der Eltern eingegangenen Ehen siehe Curtius Handbuch I. §. 140 bei not. f. Hänsel Excurse I. p. 245 fg.

[5] So hat sich auch das Appell.-Gericht zu Dresden 1839 ausgesprochen. Vergl. hierzu Lengnick l. l. §. 4. p. 9. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 52. u. oben §. 2 bei not. 5 u. 18. u. diese Noten selbst.

[6] So hat das Appell.-Gericht zu Dresden 1839 sich ausgesprochen.

gründe, welche er in seiner Klagschrift unerwähnt ließ, noch im Verhörstermine[7] geltend zu machen, sondern auch dem Beklagten unbenommen bleibt, Ausflüchte, welche ihm zu Gebote stehen, wenn sie die Aufrechterhaltung der Ehe bezwecken, jederzeit im Processe bis zur Rechtskraft des Enderkenntnisses vorzuschützen[8]. Bei dieser großen Ausdehnung der richterlichen Befugnisse und dem Interesse, welches der Staat an den Ehestreitigkeiten nimmt, bedarf die gesetzliche Verweisung dieser Streitigkeiten an collegialisch constituirte Behörden keiner weiteren Rechtfertigung.

§. 135.

Fortsetzung. Allgemeine das Verfahren in Ehesachen betreffende Grundsätze.

Das bereits früher vor den protestantischen Consistorien in Ehesachen übliche, von den neuerdings errichteten Ehegerichten in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmung[1] beibehaltene Verfahren ist ein summarisches und weicht von dem Verfahren im ordentlichen Processe wesentlich ab. Eine Unterart des Eheprocesses bildet der Desertionsproceß, welcher auf eigenthümlichen Grundsätzen beruht und daher getrennt dargestellt werden muß[2]. Das Practiciren vor den Ehegerichten ist allen im Königreiche Sachsen immatriculirten Advocaten ohne Unterschied gestattet[3]. Dieselben haben sich durch genügende Proceßvollmachten zu legitimiren[4], dürfen

---

7 Die Nachbringung solcher neuer Gründe im Beweise ist indeß nicht gestattet. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. IX. p. 283. Ackermann Rechtssätze I, 166. p. 323 fg. A. M. Lengnick Eheproceß §. 18. p. 46.

8 So hat das Ober-Appell.-Gericht die in einer Appellation gegen das auf den Grund des zugestandenen Ehebruchs gefällte Scheidungserkenntniß neu vorgebrachte Ausflucht der Compensation zum Beweise ausgesetzt.

1 Verordnung v. 28. März 1835. §. 11 u. 34. und oben §. 130 bei not. 3.

2 S. unten §. 146 fg. Ueber das gemeine Recht s. besonders Mittermaier im Archiv f. d. civ. Praxis VIII. 4. p. 135 fg.

3 B. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 39. Früher waren zum Practiciren vor den Consistorien nur bestimmte dazu besonders verpflichtete Advocaten berechtigt.

4 Hier gelten also die allgemeinen Grundsätze. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 181. Indeß bedarf es bei Vollziehung der Vollmacht von Seiten der Ehefrau der Mitunterschrift des Ehemanns natürlich nicht. Auch werden unmündige Ehefrauen durch ihren Altersvormund keineswegs ver-

jedoch in solchen Terminen, wo die Sühne zwischen den Parteien versucht werden soll, nur mit ihren Auftragsgebern, nicht statt derselben erscheinen[5]. Derartige Sühneversuche — Vorbeschiede — dürfen die Ehegerichte auch außerhalb des Verhörs- oder Schwörungstermins in solchen Fällen halten, in denen zu der Voraussetzung, daß der Güteversuch zu einem günstigen Resultate führen werde, genügende Gründe vorhanden sind[6]. Das erste Verfahren zwischen den Parteien ist ein mündliches und wird sofort im Verhörstermine vor dem Ehegerichte zu Protocoll abgesetzt[7]. Die Fällung und Publication des ersten Erkenntnisses erfolgt ebenfalls in der Regel sofort im Verhörstermine[8]. Dagegen gelten vom Beweisverfahren im Allgemeinen die Bestimmungen des ordentlichen Processes[9]. Die Zulässigkeit der ordentlichen Rechtsmittel ist beschränkt[10], und die Vollstreckung der Hülfe an den ordentlichen Unterrichter verwiesen[11].

---

treten. — Entsteht nach Beendigung eines Eheprocesses zwischen den nämlichen Ehegatten abermals Streit, so brauchen sich die in dem früheren Processe bereits legitimirten Sachwalter nicht nochmals zu legitimiren.

5 Vergl. unten §. 140.

6 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 59. In einigen Fällen ist die Wiederholung des Sühneversuchs sogar nothwendig. Vergl. unten §. 148.

7 S. unten §. 140.

8 S. unten §. 140 u. 141. Dieß fällt nur dann weg, wenn der Verhörstermin ausnahmsweise nicht von dem Ehegerichte selbst, sondern von einem dazu mit Auftrag versehenen Untergerichte abgehalten wird. S. unten §. 139.

9 S. unten §. 143.

10 S. unten §. 144.

11 S. unten §. 145.

Einundzwanzigstes Capitel.

Vom Verfahren in Ehesachen.

§. 136.

Sühneversuch vor dem competenten Pfarrer.

Bevor die Klage auf Annullirung, Scheidung oder Fortsetzung der Ehe angestellt werden kann, bedarf es eines von dem Pfarrer des Orts, wo der Ehemann seinen Wohnort oder actuellen Aufenthalts- oder Garnisonsort hat, angestellten Sühneversuchs[1], es müßte denn der eine Ehegatte im Auslande sich aufhalten, oder der Aufenthalt desselben unbekannt sein[2]. Geht die Klage auf Supplirung des von einem Ascendenten verweigerten Consenses in die Ehe, so wird ein solcher Sühneversuch wenigstens nicht nothwendig, sondern nur nach Ermessen des Ehegerichts erfordert[3]. Ist der eine Theil Katholik, so muß der Sühneversuch sowohl vor dessen, als vor dem Pfarrer des anderen Theils abge-

---

[1] C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 56. Verordnung v. 28. März 1835. §. 34. Verordnung v. 31. März 1835. sub 5. Verordnung vom 9. April 1836. §. 18. Im Zweifel entscheidet bei Civilpersonen der actuelle Aufenthaltsort des Ehemanns. Der zufällige oder nur momentane Aufenthalt desselben hat keinen Einfluß auf die Competenz des Pfarrers. Verordnung v. 1. Februar 1841. vergl. mit Verordnung v. 28. März 1835. §. 34. sub 2. Sind hiernach mehrere Pfarrer competent, so hat derjenige Pfarrer den Vorzug, welcher um Abhaltung des Sühneversuchs zuerst angegangen wird. Angez. Verordnung v. 28. März 1835. §. 34. sub 2. Ist der in dem Scheidungsproceß verwickelte Ehemann selbst Pfarrer, so ist ein anderer in der nämlichen Parochie angestellter ordinirter Geistlicher zu Abhaltung des Sühneversuchs competent, in dem Falle aber, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, die Bestimmung der Competenz auf Anzeige des Superintendenten dem Ehegerichte zu überlassen. So hat sich das Justizministerium 1843 in einer Verordnung an das App.-Gericht zu Dresden ausgesprochen. Eine andere Ansicht findet sich bei Weber Kirchenrecht I. §. 31. not. 19. p. 106. Aufl. II. Ueber einen Fall, wo doppelter Sühneversuch angestellt werden muß, s. Gesetz v. 31. Januar 1835.

[2] Verordnung v. 31. März 1835. sub 5. Lengnick l. l. §. 12. p. 30. rechnet hierher auch noch den Fall, wenn die Klage gleich anfangs nicht auf Annullation oder Scheidung, sondern nur auf Fortstellung der Ehe gerichtet ist. Indeß ist die Statuirung dieser Ausnahme weder gesetzlich noch rationell begründet. Ueber die Frage, ob nach völliger Beendigung des Eheprocesses der Anstellung einer nochmaligen Scheidungsklage ein neuer Sühneversuch vorausgehen müsse, s. unten bei not. 15.

[3] Dieß folgt aus C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 56, wo bloß von der Klage auf Annullation oder Scheidung der Ehe die Rede ist. Ist die Ehe wegen eines öffentlichen Ehehindernisses nichtig, so bedarf es vor der Annullation derselben der Natur der Sache nach keines Sühneversuchs.

halten werden[4]. Lehnt indeß der katholische Geistliche die Haltung des Sühneversuchs ab, so hat das Ehegericht die Klage auf Annullation oder Scheidung der Ehe auch unerwartet desselben anzunehmen[5]. Die Vorladung der Parteien erfolgt von Seiten des betreffenden Pfarrers ohne Beifügung eines Präjudizes entweder mündlich oder schriftlich, je nachdem sich die Ehegatten am Orte aufhalten, oder nicht[6]. Bleiben auf diese Vorladung beide Theile aus, so wird die Sache bis auf weiteren Antrag einer Partei ausgesetzt. Findet sich zwar die eine Partei, nicht aber auch die andere ein, so hat der Pfarrer die competente Obrigkeit des ungehorsam ausgebliebenen Theils mit dem Antrage anzugehen, diesen Letzteren zum Erscheinen an dem anderweit zum Sühnetermine angesetzten Tage anzuhalten, die Behörde aber hat den Ausgebliebenen bei einer nach ihrem Ermessen und nach den Verhältnissen des Ehegatten zu bestimmenden, und wenn dieß ohne Erfolg bleibt, bei verdoppelter Geldstrafe, sodann aber bei Realcitation zum Erscheinen vor dem Pfarrer anzuhalten, und endlich bei fortgesetztem Ausbleiben mit wirklicher Anwendung der Realcitation zu verfahren[7]. Bleibt der Sühneversuch ohne Erfolg, so hat der Geistliche, vor welchem derselbe stattfand, auf den Grund der über Ehestreitigkeiten zu haltenden Eheacten[8] darüber ein Zeugniß auszustellen, welches zugleich über die von den streitenden Theilen angegebenen Lebensverhältnisse, als deren Alter, Dauer der Ehe, Kinder, ungefähres Vermögen und Einbringen und über die vorgebrachten Gründe der Irrung[9], sowie über die Confession der Ehegatten[10] die nöthigen Notizen enthalten muß, auch dem Impetranten versiegelt auszuhändigen ist[11]. Dabei

---

4 C. Gesetz §. 56. Hier ist die Competenz beider Pfarrer nach dem Ehemanne zu beurtheilen.

5 Verordnung vom 7. November 1835. vergl. mit C. Gesetz §. 58. Auch in dem Falle, wenn der katholische Ehemann an einem Orte wohnt, wo wegen Entfernung der katholischen Parochie die Erlangung eines katholischen Geistlichen mit Schwierigkeiten verbunden sein würde, genügt in gemischten Ehesachen der von dem protestantischen Pfarrer gehaltene Sühneversuch. Weber l. l. I. §. 31. p. 104. not. 12. Aufl. II. Lengnick l. l. §. 12. p. 31.

6 Verordnung v. 31. März 1835. sub 5.

7 Verordnung v. 9. Juli 1835. sub 3. vergl. mit Mandat v. 30. März 1822. sub 3.

8 Verordnung v. 21. Februar 1843. §. 2. u. 3b.

9 Verordnung v. 31. März 1835. sub 5.

10 Verordnung v. 9. Juli 1835. sub 2.

11 Verordnung v. 31. März 1835. sub 5. Die unmittelbare Einsendung der Zeugnisse an das Ehegericht ist den Geistlichen untersagt. Verord-

sind die Parteien zu bescheiden, daß wenn sie die Sache fortgesetzt wissen wollen, sie sich schriftlich oder mündlich deßhalb unmittelbar an das competente Ehegericht zu wenden und bei demselben das ausgestellte Zeugniß uneröffnet einzureichen hätten [12]. Befindet sich ein Theil in einer der allgemeinen Heil- und Versorgungsanstalten, oder in einer Strafanstalt, so ist der Sühneversuch von dem Pfarrer der betreffenden Anstalt abzuhalten [13]. Leidet der eine Ehegatte an einer Seelenstörung, so findet ein Sühneversuch zwischen den Ehegatten selbst gar nicht Statt. Vielmehr hat nur nach Befinden der dem Geisteskranken bestellte Zustandsvormund der von dem Geistlichen an den anderen Ehegatten gerichteten Vermahnung beizuwohnen [14]. Ist bereits ein Sühneversuch zwischen den Ehegatten vor dem competenten Pfarrer abgehalten worden, so bedarf es, wenn es zu Anstellung der Eheklage damals gar nicht gekommen ist, oder die Parteien sich bei Gelegenheit des Sühneversuchs oder während des Eheprocesses wieder versöhnten, oder die angestellte Eheklage aus irgend einem Grunde die Annullirung oder Scheidung der Ehe nicht zur Folge hatte, sobald später abermals Eheirrungen entstehen und der eine oder der andere Ehegatte eine Eheklage anstellen will, eines abermaligen Sühnetermins vor dem Pfarrer nach der Praxis nicht. Indeß ist es dem Ehegerichte gestattet, nach Befinden die Abhaltung eines solchen anderweiten Sühneversuchs anzuordnen [15].

---

nung v. 9. Juli 1835. sub 1. Auch die abschriftliche Mittheilung des Protocolls oder Sühnezeugnisses ist für unzulässig zu achten. Lengnick l. l. §. 12. p. 34. Mit Recht bemerkt Lengnick l. l., daß eine gewissenhafte Schilderung der moralischen Eigenschaften der Ehegatten im Zeugnisse nicht nur nicht überflüssig, sondern sogar zweckmäßig ist. Ueber die Beweiskraft dieser Zeugnisse namentlich hinsichtlich der im Texte erwähnten Nebenumstände s. besonders Schwarze in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 8. p. 178 fg.

12 Verordnung v. 9. Juli 1835. sub 1.

13 Verordnung v. 9. April 1836. §. 18. Dieß darf jedoch nur auf Veranlassung des Ehegerichts geschehen. Vergl. die angez. Verordnung l. l. Daher wird hier die Klage ohne vorgängigen Sühneversuch angestellt.

14 Verordnung v. 9. April 1836. §. 18.

15 Namentlich wird dabei auf die Länge der inzwischen verflossenen Zeit und auf die Verhältnisse gesehen, in welchen die Ehegatten während dieser Zeit gelebt haben. Lengnick l. l. §. 12. p. 31.

§. 137.

Von der Anstellung der Klage im Eheprocesse.

Die Klage auf Fortsetzung, Annullation oder Scheidung der Ehe, oder auf Supplirung des von einem Ascendenten verweigerten Consenses in die Ehe kann ebensowohl mündlich, als schriftlich angebracht werden[1]. Der Kläger bittet in derselben unter summarischer Auseinandersetzung des factischen Klaggrunds um Anberaumung eines Verhörstermins und Vorladung des Beklagten dazu bei einer Geldstrafe[2], fügt auch diesem Proceßgesuche das dem concreten Falle angemessene Sachgesuch bei[3]. Der Klage muß das vom competenten Pfarrer ausgestellte Zeugniß über den abgehaltenen Sühneversuch, wenn es eines solchen bedurfte, uneröffnet beigelegt werden[4]. Mittelst Präsentationsschreibens wird die schriftliche Klage in der Regel nicht überreicht. Indeß ist dieß zuläßig. Cumulation mehrerer Annullirungs- oder Scheidungsgründe ist gestattet. Ebenso können Scheidungsgründe mit Annullirungsgründen eventuell cumulirt werden[5]. Häufig verbindet der klagende Ehegatte mit seiner Klage den Antrag auf Trennung der Ehe von Tisch und Bette für die Dauer des Ehestreits, womit

---

[1] Biener Syst. §. 306. Kori Summ. Proc. §. 19. Die bloße Ueberreichung des Sühnezeugnisses mit der Bitte um Anberaumung eines Verhörstermins ist ebenfalls hinreichend. Ueber die Fälle, in denen von Amtswegen annullirt wird, siehe oben §. 134. not. 4. Auf Annullation kann auch der Zustandsvormund klagen. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1855. N. F. III, 52. p. 217 fg. Auch Scheidung wegen lebensgefährlicher Mishandlungen kann derselbe beantragen, nicht aber wegen Ehebruchs. S. unten §. 138. not. 1.

[2] Vom Desertionsprocesse gelten andere Grundsätze. S. unten §. 146 fg. In dem Falle, wenn wegen Bigamie Ehescheidung verlangt wird, soll sogleich die erste Ladung unter Einräumung einer Sächsischen Frist sub poena confessi et convicti erlassen werden. Rescript vom 15. Juni 1795. C. II. C. A. I. p. 317.

[3] Dieses geht entweder auf Annullation oder Scheidung der Ehe, oder auf Supplirung des von dem Ascendenten verweigerten Consenses in dieselbe. Vom Desertionsprocesse s. unten §. 146 fg.

[4] S. oben §. 136 bei not. 12.

[5] Weber Kirchenrecht II. §. 130. p. 1209. u. §. 131. p. 1243. Der Nichtigkeitsgrund ist dann als Präjudicialpunkt zu betrachten. Indeß gilt dieß nicht, sobald der Ehebruch als Scheidungsgrund mit dem Nichtigkeitsgrunde cumulirt ist, — vergl. das im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 151. p. 414 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts — sowie wenn der Scheidungsgrund bereits liquid ist, während der Nichtigkeitsgrund noch des Beweises bedarf. Lengnick l. l. §. 19. p. 55.

namentlich in dem Falle, wenn die Ehefrau klagend auftritt, auch der Antrag auf Gewährung von Alimenten auf die Zeit dieser Trennung verbunden werden kann[6]. Bei Anstellung der Klage können übrigens auch Klaggründe geltend gemacht werden, welche in dem von dem Pfarrer abgehaltenen Sühneversuche unerwähnt geblieben sind. Ebenso ist die Nachbringung solcher Gründe im Verhörstermine in allen Fällen zulässig[7]. Der Eidesantrag geht dem Kläger dadurch nicht verloren, daß er sich desselben in der Klagschrift nicht bedient hat[8]. Auch ist die Abänderung und Verbesserung der Klage noch im Verhörstermine in allen Fällen gestattet, ohne daß es deßhalb eines neuen Termins bedarf[9]. Nach dem Schlusse der terminlichen Verhandlung können neue Klaggründe nicht mehr geltend gemacht werden[10]. Kostenvorstand wird in Ehesachen gewöhnlich nicht[11] und nur dann gefordert, wenn zu erwarten ist, daß beträchtliche Verläge nöthig werden. Vom Armenrechte gelten die allgemeinen Grundsätze[12].

§. 138.

Fortsetzung. Anstellung der Scheidungsklage wegen Ehebruchs.

Wird auf den Grund eines von dem verklagten Ehegatten begangenen Ehebruchs auf Scheidung der Ehe geklagt[1], so hat der

---

[6] Dieser Antrag kann auch später noch gestellt werden. Vergl. unten §. 142. Zweckmäßig schafft die Ehefrau, wenigstens bis zum Termine, die Unterlagen herbei, welche auf die Bestimmung der Höhe der Alimente Einfluß haben.

[7] Dieß sind Folgen des Wegfalls der Eventualmaxime. S. oben §. 134.

[8] Lengnick l. l. §. 13. p. 36.

[9] Lengnick l. l. §. 4. p. 7. Auch dieß beruht auf dem allgemeinen Grundsatze, daß die Eventualmaxime im Eheprocesse keine Anwendung leidet. Vergl. hierzu mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 219.

[10] Daher muß der Kläger, wenn er solche neue Klaggründe geltend machen will, dem Processe renunciren.

[11] Vergleiche Berger El. Proc. Matr. §. 21. Hommel Rhaps. Obs. 14. Pfotenhauer Doctr. §. 214. not. *. Kori Summ. Pr. §. 20. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 220 bei not. 19. A. M. ist Wernher Obs. For. P. IV. Obs. 95. Biener Syst. §. 306. Lengnick l. l. §. 14. p. 39. u. §. 20. p. 66. Ackermann in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 10. p. 229 fg.

[12] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 200. Auf Leistung des Armeneides wird in Ehesachen häufig nicht gedrungen.

[1] Der Zustandsvormund ist hierzu nicht berechtigt. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1855 N. F. III, 33. p. 145 fg. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 359. Einer sofortigen speciellen Begründung der

Kläger bei Anstellung der Klage ein Zeugniß über den Ausgang der gegen den anderen Ehegatten auf seinen Antrag eingeleiteten Criminaluntersuchung beizubringen[2]. Ist dieß nicht geschehen, so wird der klagende Theil zuvörderst mittelst Resolution an die weltliche Obrigkeit verwiesen und beschieden, daß, bevor in der Ehesache weiter verfahren werden könne, bei der weltlichen Obrigkeit das Verbrechen untersucht werden müsse[3]. Kann indeß der klagende Ehegatte sofort oder doch in der Folge beibringen, daß die Untersuchung, obwohl er dieselbe bei der weltlichen Obrigkeit beantragt, dennoch entgegenstehender rechtlicher oder anderer Hindernisse halber für jetzt, oder überhaupt keinen Ausgang gewinnen könne, oder daß das Gericht die Einleitung derselben wegen Mangels an hinreichenden Indicien verweigert habe[4], so wird

---

Klage bedarf es nicht. Ackermann Rechtssätze N. F. V, 652. p. 22 fg. Ueber das adulterium praesumtum siehe cap. 27. X. de test. et attest. II, 20. Cap. 12. X. de praesumt. II, 23. Rescript v. 30. September 1785. C. II. C. A. I. p. 311. Rescript v. 3. Januar 1804. C. III. C. A. I. p. 159. Rescript v. 13. Januar 1804. C. III. C. A. I. p. 160. Leyser Med. ad Pand. Sp. 313. Hommel Rhaps. Obs. 487. Weber Kirchenrecht II. §. 131. p. 1237 fg. und die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1846. VI, 29. p. 82 fg. und bei Ackermann Rechtssätze N. F. I, 151. p. 291 fg. 158. p. 309 fg. 172. p. 330. 177. p. 333 fg. III, 434. p. 186 fg. 466. p. 267 fg. IV, 524. p. 56 fg. mitgetheilten Entscheidungen, u. unten §. 143. not. 2. Ueber das adulterium attentatum s. inchoatum siehe Decis. Elect. 34. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg. u. d. angez. Rescripte v. 3. und 13. Januar 1804. Bauer Erläuterung der churfürstl. Decisionen v. J. 1746. Decis. 34. §. 3. p. 249 fg. Kind Quaest. For. IV, 4. p. 14 fg. und die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. I. p. 262 fg. u. von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 127. mitgetheilten Entscheidungen des Ober-App.-Gerichts, verglichen mit den in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. X. p. 380, sowie von Ackermann Rechtssätze N. F. IV, 524. p. 56 fg. mitgetheilten Entscheidungen dieser Oberbehörde, wonach nicht blos dann, wenn es zur fleischlichen Vermischung gekommen ist, was im Sinne des älteren Rechts, so lange nicht die immissio seminis erfolgt war, als Versuch des Ehebruchs angesehen wurde, jetzt aber zur Consummation des Ehebruchs genügt, sondern auch dann mit der Ehescheidung verfahren wird, wenn Handlungen vorgenommen sind, welche dazu dienen, die Ausübung des Beischlafs selbst zu beginnen, während blos unzüchtige Handlungen, obschon ihnen die Absicht zu Grunde liegt, einen Ehebruch zu begehen, als entfernter Versuch des Ehebruchs zu Rechtfertigung der Ehescheidung keineswegs genügen.

2 Rescript v. 30. Septbr 1785. C. II. C. A. I. p. 311. Rescript v. 21. Novbr 1785. C. II. C. A. III. p. 15. Gesetz v. 3. April 1838. sub I. Will während des Eheprocesses eine der Parteien durch Berufung auf einen vom Gegner begangenen Ehebruch die Trennung der Ehe herbeiführen, so wird der Civilproceß sistirt und der Ausgang der Criminaluntersuchung abgewartet. Vergl. das angez. Rescript v. 13. Januar 1804. sub 3.

3 Rescript v. 30. Septbr 1785. C. II. C. A. I. p. 311. Rescript v. 21. Novbr 1785. C. II. C. A. III. p. 15. Inserat zum Rescript v. 3. Januar 1804. C. III. C. A. I. p. 159.

4 Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851. XI, 3. p. 6 fg.

der Eheproceß eingeleitet[5]. Vorhergegangene Verurtheilung des Beklagten in der Criminalsache wird nicht erfordert. Vielmehr muß die Scheidungsklage auch dann angenommen werden, wenn der Beklagte so starken Verdacht, daß dem Kläger wegen präsumirten Ehebruchs die Ehescheidung nicht versagt werden kann, gegen sich gehabt hat, und gleichwohl von dem weltlichen Richter nicht überführt werden konnte, indem in solchem Falle nach Befinden unter Auferlegung eines Erfüllungseides wegen präsumirten Ehebruchs geschieden wird[6]. Auch ist es dem unschuldigen Ehegatten, wenn die Criminaluntersuchung zu gänzlicher Lossprechung des Beklagten geführt hat, nichtsdestoweniger gestattet, den Beweis des Ehebruchs, dessen er den Letzteren bezüchtigt, im Civilwege zu führen[7]. Der Eidesantrag darüber ist zuläßig[8]. War der Ehebruch zu der Zeit, als der unschuldige Ehegatte Kenntniß davon erlangte, in Ansehung der Bestrafung bereits verjährt, so bedarf es keiner vorausgegangenen Criminaluntersuchung[9]. Indeß muß die Ehescheidungsklage auch hier binnen Jahresfrist von erlangter Kenntniß des Ehebruchs angerechnet, eingereicht werden[10]. Hatte dagegen der unschuldige Ehegatte von dem begangenen Ehebruche vor Ablauf der Frist zur Strafverjährung Nachricht erhalten, so muß er auf Einleitung der Criminaluntersuchung bei Verlust der Ehescheidungsklage noch vor Ablauf dieser Verjährungsfrist antragen[11]. Uebrigens wird

[5] Angez. Rescripte v. 30. Septbr u. 21. Novbr 1785. Namentlich gilt dieß dann, wenn die Verjährungsfrist zur Bestrafung abgelaufen ist, oder wenn der Inculpat in das Ausland sich entfernt hat. Weber l. l. II. §. 131. p. 1241. Lengnick l. l. §. 30. p. 109. Schwarze in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. VIII, 8. p. 180 fg.

[6] Angez. Rescripte v. 30. September u. 21. November 1785. u. oben not. 1.

[7] Rescript v. 13. Januar 1804. sub 2. C. III. C. A. I. p. 160. Weber l. l. II. §. 131. p. 1242. Volkmann l. l. §. 210. p. 63.

[8] Rescript v. 30. Septbr 1785. C. II. C. A. I. p. 311. Rescript v. 21. Novbr 1785. C. II. C. A. III. p. 15. Weber l. l.

[9] Hier gilt also noch jetzt die Bestimmung des älteren Rechts. Das Gesetz v. 3. April 1838. sub I. steht dem nicht entgegen. Vergl. das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1841. I, 31. pag. 115 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[10] Dieß erhellt aus Gesetz v. 3. April 1838. sub I. Vergl. das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1841. I, 31. p. 116. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[11] Gesetz v. 3. April 1838. sub I. Schwarze in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung Neue Folge VIII, 8. p. 180 fg. Hier hat also der unschuldige Ehegatte zu Anstellung der Klage nicht einmal eine einjährige Frist.

zu Anstellung der Scheidungsklage wegen Ehebruchs keineswegs erfordert, daß die wegen des begangenen Ehebruchs eingeleitete Criminaluntersuchung bereits völlig beendigt sei. Vielmehr kann die Scheidungsklage schon früher eingereicht werden. Indeß darf nach der richtigeren Ansicht in der Civilsache auch dann, wenn in den Criminalacten ein Geständniß des schuldigen Ehegatten vorliegt, nicht eher, als bis nach völliger Beendigung der Criminalsache, ein Erkenntniß abgefaßt werden[12]. Durch die Erklärung des unschuldigen Theils während der Criminaluntersuchung, daß er dem anderen Ehegatten den begangenen Ehebruch verzeihe, hemmt er den Lauf der Untersuchung, begiebt sich aber auch zugleich des Rechts, auf Scheidung zu klagen[13]. Ergeben sich im Fortgange des Ehescheidungsprocesses Umstände, woraus ein begangener Ehebruch gefolgert werden kann, so ist, insofern der Ehebruch die gänzliche Trennung der Ehe bewirken soll, so lange noch kein rechtskräftiges Enderkenntniß vorliegt, eintretenden Falls der Scheidungsproceß zu sistiren und die Criminaluntersuchung praeliminariter einzuleiten[14].

---

[12] Dieß deßhalb, weil der unschuldige Ehegatte bis zur gänzlichen Beendigung der Untersuchung den Ehebruch verzeihen, dadurch den Lauf der Untersuchung hemmen und sich seines Rechts, auf Scheidung zu klagen, begeben kann. Vergl. unten bei not. 13. A. M. ist Weber l. l. II. §. 131. not. 60. p. 1240. Der Vollstreckung des Straferkenntnisses bedarf es dazu nach der richtigeren Ansicht nicht. Indeß hat nach Lengnick l. l. §. 30. p. 110. das Justizministerium im entgegengesetzten Sinne sich ausgesprochen.

[13] Gesetz v. 3. April 1838. sub I. Der Vorbehalt des Rechts, auf Scheidung zu klagen, ist also ungültig. Verordnung v. 6. Decbr 1834. G. S. v. 1835. pag. 6, wo die Gerichte angewiesen werden, den unschuldigen Ehegatten auf die Unzulässigkeit eines solchen Vorbehalts aufmerksam zu machen. Eine bei dem Ehegerichte angebrachte Klage auf Trennung der Ehe wegen böslicher Verlassung von Seiten des anderen Ehegatten ist ebenfalls zugleich als ein Antrag auf Bestrafung des schuldigen Theils anzusehen, und es kann dieser Antrag ohne gleichzeitige Renunciation auf die Ehescheidungsklage und auch nach erfolgter Ehescheidung nicht zurückgenommen werden. Gesetz v. 3. April 1838. sub II. Der vorausgegangenen Criminaluntersuchung bedarf es bei dem Antrage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung nicht. Dasselbe gilt von Nachstellungen nach dem Leben. Ackermann Rechtssätze I, 155. p. 298 fg. Auf Nachstellungen nach dem Leben als Scheidungsgrund kann sich der unschuldige Ehegatte dann nicht mehr berufen, wenn er nachher die Ehe noch ein Jahr lang fortgesetzt hat, es müßten denn später neue Nachstellungen vorgekommen sein. So hat das Ober-Appell.-Gericht 1841 erkannt.

[14] Angez. Rescript vom 13. Januar 1804. sub 3. C. III. C. A. I. pag. 160.

§. 139.

Von der Ladung zum Verhörstermine.

In der ersten Ladung, welche das Ehegericht in Ehesachen an die Parteien erläßt, werden dieselben bei 5 Thlr. Strafe schriftlich vorgeladen, an einem bestimmten Tage und zwar Vormittags[1] vor dem Ehegerichte in Person zu erscheinen, zuvörderst eines Vergleichsversuchs und, falls kein Vergleich zu Stande kommen sollte, nach gepflogener Verhandlung der sofortigen Publication eines Erkenntnisses sich zu gewärtigen[2]. Zugleich wird denjenigen Parteien, welche außerhalb des Orts, wo das Ehegericht seinen Sitz hat, sich aufhalten, bei 5 Thlr. Strafe aufgegeben, bis zum Termine einen mandatarius ad insinuandum am Gerichtsorte zu bestellen, falls dieß nicht bereits geschehen ist[3]. Bleiben beide Parteien in diesem Termine aus, so wird derselbe circumduct, der Proceß bis auf weiteren Antrag ausgesetzt, die verwirkte Geldstrafe aber eingezogen. Wird der Beklagte ungehorsam, so wird derselbe auf Antrag des Klägers abermals und zwar diesmal bei erhöhter, gewöhnlich bei 10 Thlr. Strafe, unter Vorbehalt der verwirkten 5 Thlr., zu einem anderweiten Verhörstermine vorgeladen. Bleibt der Beklagte auch in diesem Termine ungehorsam aus, so erläßt das Ehegericht unter Vorbehalt der verwirkten 5 Thlr. und 10 Thlr. auf wiederholten Antrag des Klägers eine dritte Ladung bei Vermeidung der Realcitation, zu welcher auch bei fortgesetztem Ungehorsam verschritten wird[4]. Das einseitige Ausbleiben des Klägers hat nur die Einziehung der angedrohten Geldstrafe und die Verurtheilung desselben zu Erstattung der verwirkten Unkosten zur Folge. Sämmtliche La-

---

[1] Dieß schon deßhalb, weil die Gerichtssitzungen der Ehegerichte nur Vormittags stattfinden, auch die Parteien länger, als bis 12 Uhr Mittags nicht auf einander zu warten brauchen. Vergl. Leyser Med. ad Pand. Sp. 31. med. 1. Kori ordentl. Pr. §. 38. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 93. not. 9. u. §. 59.

[2] Vergl. unten §. 140. Ueber den Fall, wenn die Ehescheidung auf den Grund der Bigamie verlangt wird, siehe oben §. 137. not. 2.

[3] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 104 bei not. 21.

[4] Mandat v. 30. März 1822. sub 3. Gewöhnlich wird schon die dritte Ladung realiter erlassen, obwohl dieß strenggenommen dem angez. Mandate zuwider läuft. Ueber das frühere Recht s. Resolutiones in consistorialibus v. 27. Januar 1786. sub 12. C. II. C. A. III. p. 15 fg. Rescript v. 22. März 1810. C. III. C. A. I. p. 179.

dungen sind dilatorisch[5] und bedarf es daher der Gestattung voller Sächsischer Fristen nicht[6]. Die Behändigung der Ladungen erfolgt entweder unmittelbar durch den Canzleiboten, oder durch die Untergerichte nach Maßgabe des Generale vom 15. Januar 1808[7]. Die Ehegerichte hatten sich dazu schon früher vorzugsweise der Königlichen Untergerichte zu bedienen, denen in diesem Falle das Befugniß der Insinuation im ganzen Umfange des Amts- oder Gerichtsbezirks zustand[8]. Dieses Befugniß der Ehegerichte erstreckt sich übrigens nicht bloß auf die zum Bezirke des Ehegerichts gehörigen, sondern auch auf die übrigen, also zu anderen Bezirken gehörigen inländischen Untergerichte[9]. Befindet sich einer der streitenden Theile in einer Strafanstalt oder in einer der allgemeinen Heil- und Versorgungsanstalten, so wird die Ladung vom Ehegerichte selbst nicht erlassen, vielmehr das Gericht, welchem die Gerichtsbarkeit über die Anstalt zusteht, veranlaßt, den Verhörstermin unter Zuziehung eines Geistlichen abzuhalten[10]. Dieses Gericht hat in solchem Falle die Parteien, nöthigenfalls mittelst Requisition in gleicher Weise vorzuladen[11], wie dieß von den Ehegerichten selbst geschieht und nach Beendigung der terminlichen Verhandlung das darüber aufgenommene Protocoll zur Fällung eines Erkenntnisses an das Ehegericht einzusenden[12]. Dieses Erkenntniß wird den Parteien sodann nach vorgängiger schriftlicher Ladung in einem zu diesem Zwecke anberaumten Publicationstermine vom Ehegerichte selbst eröffnet. Auf gleiche Weise wird in anderen Fällen verfahren, in denen das Ehegericht wegen

---

[5] Angez. Mandat v. 30. März 1822. sub 3. Biener Syst. §. 306. Kori Summ. Pr. §. 20.

[6] Erl. Pr.-O. IV, 1.

[7] C. III. C. A. I. p. 313 fg. Verordnung v. 9. April 1836. §. 20. Durch diese Insinuation wird der Proceß auch hier rechtshängig.

[8] Angez. Verordnung vom 9. April 1836. §. 20. Sind in einer Sache keine Kosten von den Parteien zu erlangen, so haben die königlichen Untergerichte die Expeditionen, wozu sie Auftrag oder Veranlassung erhalten, unentgeldlich zu vollziehen. Angez. Verordnung §. 20 am Ende.

[9] Verordnung v. 28. März 1835. §. 11. sub 2. Verordnung vom 9. April 1836. sub 20. vergl. mit Mandat v. 19. Februar 1827. §. 21.

[10] Verordnung v. 9. April 1836. §. 18. Indeß haben die Ehegerichte in solchem Falle bisweilen die Ladungen selbst erlassen und das betreffende Untergericht von dem Tage des anberaumten Termins in Kenntniß gesetzt. Doch entstehen daraus leicht Inconvenienzen, welche durch das im Texte angegebene Verfahren vermieden werden.

[11] Vergl. oben not. 10.

[12] Denn die Fällung des Erkenntnisses muß dem Ehegerichte in allen Fällen überlassen bleiben.

bescheinigter Behinderung[13] des einen Ehegatten, persönlich vor dem Ehegerichte zu erscheinen sich bewogen findet, ein Untergericht zu Abhaltung des Verhörstermins mit Auftrag zu versehen[14]. Leidet einer der beiden Ehegatten an Seelenstörung, so wird die Ladung zum Verhörstermine an den ihm bestellten Zustandsvormund erlassen und die Verhandlung zwischen diesem und dem anderen Ehegatten gepflogen[15]. Gebricht es der Ehefrau an den zu Bestreitung der Reise nach dem Gerichtsorte erforderlichen Geldmitteln, so kann dieselbe in dem Falle, wenn sie ihrem Ehemanne bescheinigtermaßen Vermögen eingebracht und der Letztere nicht das Armenrecht erlangt, oder doch seine Armuth bereits bescheinigt hat, darauf antragen, daß ihr Ehemann zu Verlegung der Reisekosten angehalten werde[16].

§. 140.

Vom Verhörstermine.

Im Verhörstermine, welcher nur bis zum Schluß der Gerichtssitzung am Vormittage dauert[1], müssen die Parteien, auch wenn sie noch unmündig sind, in Person erscheinen und ist daher Stellvertretung derselben durch Bevollmächtigte regelmäßig nicht gestattet[2]. Dagegen ist die Assistenz von Sachwaltern zulässig, die

---

[13] Namentlich wegen Krankheit, Untersuchungs- oder Wechselhaft und anderer Ehehaften. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 96.

[14] Derartige Ausnahmen hat das Justizministerium im April 1835 für zulässig erklärt.

[15] Verordnung v. 9. April 1836. §. 18.

[16] So hat das Appell.-Gericht zu Leipzig 1838 u. 1843 erkannt.

[1] Vergl. oben §. 139. not. 1.

[2] Dieß liegt im Sinne des C. Gesetzes v. 28. Januar 1835. §. 55 u. 56. u. der Verordnung v. 9. April 1836. §. 18; da die Bestimmungen, daß bei den Güteterminen Geistliche zugegen sein und daß die Gütetermine, wenn ein Theil am persönlichen Erscheinen vor dem Ehegerichte behindert ist, vor einem dazu beauftragten Untergerichte abgehalten werden sollen, lediglich auf diesem allgemeinen Grundsatze beruhen. So hat das Ober-Appell.-Gericht 1837 sich ausgesprochen und dabei bemerkt, daß dieser Grundsatz keineswegs neu sei, da schon das Mandat v. 30. März 1822. sub 3. für den Fall des wiederholten Ungehorsams Realcitation anordne. Vergl. Carpzov Jurisprud. ecclesiastica Lib. III. def. 31. Berger El. Proc. Matr. §. 16. Wernher Obs. For. P. V. Obs. 182. Ludovici Einleitung zum Consistorialproceß Cap. 13. §. 2. Schott Einleitung in das Eherecht §. 228. Kori Summ. Pr. §. 20. Lengnick l. l. §. 4. p. 7. Indeß können nach einer Verordnung des Justizministeriums v. 18. April 1835 die Ehegerichte in Fällen, wo ein Theil am persönlichen Erscheinen bescheinigter Maßen behindert ist, nicht nur zu Abhaltung des Verhörstermins ein Untergericht beauftragen, sondern auch das Erscheinen durch einen Bevollmächtigten gestatten. Siehe auch die im Wochen-

Thätigkeit derselben aber im Termine selbst eine beschränkte, da die Erklärung über die von den Parteien behaupteten Thatsachen von diesen selbst gefordert werden kann[3]. Unmündige Ehefrauen bedürfen im Termine keines Altersvormunds[4]. Nach Eröffnung der terminlichen Verhandlung, bei welcher die Instructionsmaxime vorherrschend ist[5], hat das Ehegericht zunächst auf den factischen Grund der angestellten Klage und des überreichten Pastoralzeugnisses[6], welchen Kläger noch jetzt abändern, verbessern oder vervollständigen kann[7], von dem Verklagten bestimmte Erklärung zu fordern[8]. Dilatorische Einreden sind nicht zulässig, sie müßten denn auf das Wesen des Processes sich beziehen[9]. Auf peremtorische Ausflüchte, welche der Beklagte vorschützt, muß sich der Kläger, auf Repliken des Klägers der Beklagte sofort erklären und wird in dieser Maße fortgefahren, bis das Ehegericht den Streitpunkt für hinreichend erörtert hält[10]. Da die Vorschützung von Ausflüchten, welche die Aufrechterhaltung der Ehe bezwecken, bis zur Rechtskraft des Enderkenntnisses in jedem Proceßstadium gestattet ist[11], so gehen solche Ausflüchte, wenn sie der Beklagte im Verhörstermine nicht vorgebracht hat, deßhalb nicht verloren[12]. Die Ausflucht der Compensation des Ehebruchs und der aus-

---

blatte für merkw. Rechtsfälle 1852. XII, 21. p. 79 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Uebrigens beschränkt sich das Verbot des Erscheinens durch Anwalte nur auf Vergleichs- und Schwörungstermine. Vergl. noch Berger l. l. §. 16. Leyser Med. ad Pand. Sp. 53. med. 4. Lengnick l. l. Mit Unrecht behauptet Volkmann l. l. §. 213. p. 73, daß der Vater die Sache für die in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Kinder betreiben könne.

3 Die assistirenden Advocaten sind daher hier nur Rechtsbeistände und haben sich jeder unmittelbaren Einwirkung auf den Gang der Verhandlung zu enthalten.

4 Erl. Pr.-O. VIII. 3. Berger l. l. §. 16. Biener Syst. §. 306. Kori l. l. §. 20.

5 Vergl. oben §. 134. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 52.

6 Von den Fällen, in welchen ein solches nicht beigebracht zu werden braucht, s. oben §. 136.

7 Vergl. oben §. 134. u. 137 bei not. 9.

8 Hier ist also summarische und zwar mündliche Einlassung zulässig.

9 Dieß folgt aus der Summarietät des Verfahrens.

10 Da hier die Untersuchungsmaxime vorherrschend ist, so steht dem Ehegericht das Recht zu, durch geeignete Fragen zu Erörterung und Feststellung des Streitpunkts thätig zu sein.

11 S. oben §. 134 bei not. 8.

12 So hat das Ober-Appell.-Gericht wiederholt erkannt.

drücklich[13] oder stillschweigend[14] erfolgten Verzeihung dieses Ehescheidungsgrunds[15] müssen sogar von Amtswegen berücksichtigt werden, sofern sie aus den Acten liquid sind[16]. Dasselbe gilt schon nach allgemeinen Grundsätzen von der Ausflucht der Verjährung[17]. Ein Kläger, welcher auf den Grund des Ehebruchs auf Scheidung klagt, wird daher nicht nur in dem Falle zurückgewiesen, wenn der Ehebruch bereits verjährt ist, sondern auch dann, wenn bei den Acten bekannt ist, daß der Kläger selbst eines von ihm gleichfalls verübten[18] Ehebruchs vor Gericht geständig oder überführt gewesen sei[19], oder den Ehebruch ausdrücklich oder

---

[13] Die vom unschuldigen Ehegatten bedingt oder unter Vorbehalt des Rechts auf Ehescheidung ausdrücklich erklärte Verzeihung ist als eine unbedingte anzusehen. Decis. Elect. 39. vom 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg. Bauer dazu II. p. 288 fg. Weber Kirchenrecht §. 131. p. 1249. Von der Verzeihung eines vor der Ehe begangenen Fehltritts gilt dieß nicht. Resolutio in consistorialibus 9. vom 27. Januar 1786. C. II. C. A. I. p. 291 fg. in der Ober-Lausitz bekannt gemacht durch Rescript v. 30. December 1785. C. II. C. A. III. p. 15.

[14] Diese stillschweigende Verzeihung liegt namentlich in der Ausübung des Beischlafs nach erlangter Kenntniß vom Ehebruch, in der Anerkennung des von der Ehefrau im Ehebruch erzeugten Kindes, in Nichtbeantragung der Criminaluntersuchung bis zum Ablauf der Frist zur Strafverjährung, sowie in der Bereiterklärung zur Rückkehr zum ehebrecherischen Ehegatten. Vergl. hierzu Gesetz v. 3. April 1838. sub I. Die letztgedachte Art der Verzeihung hat das Ober-Appell.-Gericht 1843 ausdrücklich anerkannt. Ueber die Frage, ob das Schlafen der Ehegatten in einem Bette, wie bei Unverehelichten — cap. 12. X. de praesumt. II, 23. — zu Präsumtion des ausgeübten Beischlafs und also auch der erfolgten stillschweigenden Verzeihung genüge, s. das im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. 1844. IV, 105. p. 291 fg. mitgetheilte Präjudiz des Ober-App.-Gerichts, wo diese Frage verneint wird.

[15] Weber l. l. §. 131. p. 1247 fg. Dasselbe gilt auch von anderen Ehescheidungs- oder Nichtigkeitsgründen, soweit letztere auf einem Privathindernisse beruhen. So hat das Ober-Appell.-Gericht wiederholt erkannt. Vergl. Weber l. l. §. 131. p. 1233. Nur bei lebensgefährlichen Mishandlungen kann eine stillschweigende Verzeihung von Seiten der Ehefrau nicht angenommen werden, wenn dieselbe nach Erduldung der Mishandlungen den Beischlaf mit dem Ehemanne wieder ausgeübt hat, weil vorauszusetzen ist, daß sie die Leistung der ehelichen Pflicht nur aus Furcht fortgesetzt habe. S. das in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung I. p. 552 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts u. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 442.

[16] Mandat v. 30. December 1822. §. 1. G. S. v. 1823. p. 7. Weber l. l. §. 131. p. 1246. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 138. p. 495 fg.

[17] Const. Elect. 25. P. I. vom 21. April 1572. C. A. I. p. 73 fg. vergl. mit Gesetz v. 3. April 1838. sub I.

[18] Mit einem vermutheten Ehebruche kann der erwiesene nicht compensirt werden, wenn auch die Vermuthung noch so stark wäre. Weber l. l. §. 131. p. 1247. v. Hartitzsch l. l. No. 128.

[19] Cap. 4 et 5. X. de divortiis IV, 19. Cap. 6 et 7. X. de adulteriis et stupro V, 16. Mandat v. 30. Decbr 1822. Wochenblatt l. l. Darauf, ob der eine Ehegatte die eheliche Treue nur einmal, der Andere aber sie mehre

stillschweigend verziehen habe[20]. In anderen Fällen dürfen die Ausflüchte der Compensation oder Verzeihung des Ehebruchs nur insofern berücksichtigt werden, als sie vom Beklagten wirklich vorgeschützt und erwiesen worden sind[21]. Replicirt der Kläger gegen die von Amtswegen zu berücksichtigende Ausflucht der Compensation des Ehebruchs die von Seiten des Beklagten erfolgte Verzeihung, so hat der Kläger seine Replik dahin zu beweisen, daß die behauptete ausdrückliche Verzeihung wenigstens vor Anstellung der Klage, eine stillschweigende aber früher erfolgt sei, als ihm der nunmehr als Scheidungsgrund angeführte Ehebruch des Beklagten bekannt geworden[22]. Räumt der Beklagte diese Replik ein, oder trägt der Kläger darauf an, den Beklagten dieses Umstands wegen Ungehorsams für geständig und überführt zu achten[23], so wird das Scheidungserkenntniß von Leistung des Collusionseides abhängig gemacht[24]. Auf gleiche Weise muß auf den Collusionseid erkannt werden, wenn der Beklagte den Ehebruch, auf welchen der Kläger seine Klage stützt, pure einräumt[25],

---

Male gebrochen hat, kommt bei dieser Compensation nichts an. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. V. p. 418. Ackermann Rechtssätze N. F. II, 365. p. 368. Ueber die Geltendmachung der Einrede der Compensation nach Rechtskraft des unbedingten Scheidungserkenntnisses s. Wochenblatt 1851. XI, 114. p. 502.

20 Mandat v. 30. December 1822. §. 1. G. S. v. 1823. p. 7. Vergl. auch Teucher in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. V, 13. p. 412 fg.

21 Angez. Mandat §. 3. Einer vorausgegangenen Criminaluntersuchung bedarf es hier nicht. Lengnick l. l. §. 30. p. 109.

22 Angez. Mandat §. 4.

23 Von dem Falle, wenn der Kläger seine Behauptung beweist, gilt dieß also nicht, es müßte denn der Beweis durch Eidesantrag geführt und der Beklagte wegen Ungehorsams im Schwörungstermine für geständig und überführt zu achten sein. Vergl. das angez. Mandat §. 5.

24 Angez. Mandat §. 5.

25 Rescript v. 13. Januar 1804. sub 4. C. III. C. A. I. p. 160. Vergl. das im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. 1841. I, 31. p. 116 u. 117 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts. Ebenso wird auf den Collusionseid erkannt, wenn der Beklagte die vom Kläger behaupteten lebensgefährlichen Mishandlungen eingeräumt hat. Kori l. l. §. 20. Dieser Collusionseid — vergl. darüber noch unten §. 141. not. 4. — wird beiden Parteien, dem Kläger jedoch häufig in Form eines Erfüllungseides, auferlegt. Vergl. das angez. Präjudiz des Ober-App.-Gerichts. Verweigert der Beklagte die Leistung des Collusionseides, so kann der Beklagte, wenn Kläger Gründe zu Annahme einer von Seiten des Beklagten aus Gefährde eingetretenen Verweigerung der Eidesleistung vorbringt, nach dem Verbrauche der gesetzlichen Zwangsmittel, nach Befinden zu Leistung eines Gefährdeeides angehalten werden. S. das angez. Präjudiz des Ober-App.-Gerichts l. l. p. 117 am Ende.

obwohl die deßhalb eingeleitete Criminaluntersuchung zu keinem Resultate führt[26]. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Beklagte unter Einräumung des Ehebruchs die Ausflucht der Compensation oder der Verzeihung vorschützt, dabei aber erklärt, daß er von diesen Ausflüchten keinen Gebrauch machen wolle[27]. Nach vollständiger Erörterung des Streitpunkts wird in allen Fällen ein Sühneversuch angestellt und dabei auf gütliche Beilegung der Irrung möglichst hingewirkt[28]. Hindern die anwesenden Rechtsbeistände das zu Stande Kommen einer gütlichen Versöhnung, so läßt man sie abtreten[29]. Vergleiche gegen die Ehe sind ungültig[30]. Kommt ein Vergleich nicht zu Stande, so wird in der Regel[31] nach dem Abtreten der Parteien sofort ein Erkenntniß gefällt und noch in dem nämlichen Termine in der Kanzlei durch den Protocollanten[32] eröffnet, oder falls sich die Parteien einstweilen entfernten, für publicirt geachtet[33]. Auf gleiche Weise haben auch Untergerichte zu verfahren, wenn sie zu Abhaltung eines Verhörstermins von einem Ehegerichte beauftragt worden sind[34]. Indeß fällt bei diesen Untergerichten die Abfassung und Publication des Erkenntnisses im Verhörstermine weg,

---

[26] Denn wurde der Beklagte in der Criminaluntersuchung verurtheilt, so bedarf es keines Collusions-, wohl aber nach Befinden eines Erfüllungseides.

[27] So hat auch das Appell.-Gericht zu Leipzig erkannt. Von den Ausflüchten der erlittenen Nothzucht und Verkuppelung s. Weber l. l. §. 131. p. 1245 fg.

[28] Vergl. Biener Syst. §. 306. Kori l. l. §. 20. Handelt es sich um ein öffentliches Ehehinderniß, so findet kein Vergleichsversuch Statt.

[29] Dieß steht dem Richter auch in anderen Proceßarten frei. Erl. Pr.-O. I, 2. wird aber hier besonders streng genommen.

[30] Cap. 11. X. de transactionibus I, 36. Berger l. l. §. 42. Kori l. l. §. 20. Namentlich gilt dieß auch von außergerichtlichen Vergleichen gegen die Ehe. Carpzov Jur. For. III, 26. def. 16 u. 17. Ehegatten, welche das Armenrecht erlangt haben, können sich zur Fortsetzung der Ehe auch außergerichtlich vergleichen.

[31] Ausnahmsweise kann auch ein schriftliches Verfahren stattfinden, wenn die Parteien darauf antragen, oder das Ehegericht ein solches zur gründlichen Feststellung des Streitpunkts für nöthig hält. Die Klagbeantwortung ist dann keine feierliche.

[32] B. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 27.

[33] B. Gesetz l. l. Die dort ersichtliche Bestimmung, daß die Appellationsgerichte zur Publication der Erkenntnisse besondere Vorladnngen zu erlassen haben, gilt also vom ersten Erkenntnisse in Ehesachen nicht. Nur wenn der Verhörstermin von einem dazu beauftragten Untergerichte abgehalten wird, ist auch in Ehesachen zu Publication des ersten Erkenntnisses eine besondere Vorladung erforderlich. Ueber den Inhalt des ersten Erkenntnisses s. unten §. 141.

[34] S. oben §. 139.

da dieselbe in allen Fällen dem betreffenden Ehegerichte überlassen bleiben muß[35].

§. 141.

Vom ersten Erkenntnisse in Ehesachen. a. Enderkenntniß.

Das in der Regel[1] sofort im Verhörstermine gefällte und eröffnete[2] erste Erkenntniß ist entweder definitiv oder interlocutorisch. Im ersteren wird entweder der Beklagte oder der Kläger[3] zu Fortsetzung der Ehe verurtheilt, oder die bisher bestandene Ehe annullirt oder vom Bande geschieden[4], oder auch der vom Ascen-

---

[35] S. oben §. 139 bei not. 12 fg.

[1] Vergl. oben §. 140. not. 31.

[2] S. jedoch oben §. 140 am Ende u. §. 139 bei not. 12 fg. Die katholischen Consistorien konnten früher auch die Acten an das K. Spruchcollegium zum Verspruch versenden. Mandat v. 19. Februar 1827. §. 24. Dasselbe galt nach allgemeinen Grundsätzen von den Untergerichten, welche Ehegerichtsbarkeit hatten.

[3] Diese Verurtheilung tritt an die Stelle der Abweisung desselben und ist nur eine scheinbare Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß der Kläger nicht verurtheilt werden könne. Biener Syst. §. 307. not 4. Volkmann l. l. §. 215. p. 78 fg. A. M. ist Lengnick l. l. §. 4. p. 8. u. §. 24. p. 74, indem er die in abweisenden Erkenntnissen enthaltene Verurtheilung für keine solche, sondern nur für eine ehepolizeiliche Anordnung hält. Da aber in solchem Falle auf Antrag des Beklagten das Zwangsverfahren eingeleitet, also mit der Hülfsvollstreckung gegen den Kläger verfahren wird, ohne daß es dazu einer neuen Klage, eines neuen Termins und eines neuen Erkenntnisses bedarf, so ist kein Grund vorhanden, hier zwischen einer wirklichen Verurtheilung und einer polizeilichen Anordnung zu unterscheiden, wenn auch die Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze, daß der Kläger nicht verurtheilt werde, ursprünglich auf polizeilichen Gründen beruht. Zwar beruft sich Lengnick l. l. §. 24. pag. 74. not. 1. nicht nur darauf, daß es nach Zurückweisung der Klage noch ungewiß sei, ob der Kläger der Fortstellung der Ehe sich weigern werde und daß daher das Erkenntniß über etwas entscheiden würde, was noch gar nicht Gegenstand des Streits sei, sondern auch hauptsächlich darauf, daß die Ehegerichte zu Erlaß derartiger polizeilicher Anordnungen nicht competent seien. Allein der letztere Grund erledigt sich, wenn man erwägt, daß die Stellung des Eherichters in Ehesachen vermöge des hier einschlagenden unmittelbaren Interesses des Staats und der deßhalb vorherrschenden Instructionsmaxime ohnehin eine mehr justizpolizeiliche ist und daß daher der Eherichter berechtigt und verpflichtet sein muß, mit der Zurückweisung der Klage auf Trennung der Ehe die vom öffentlichen Interesse gebotene Anordnung zu verbinden, daß der Kläger die während des Eheprocesses suspendirten ehelichen Pflichten nunmehr wieder zu erfüllen verpflichtet sei. Der Zweifel aber, welchen Lengnick l. l. statuirt, ob der zurückgewiesene Kläger diese Erfüllung der ehelichen Pflichten verweigern werde, wird in dem Falle, wenn der andere Ehegatte auf Einleitung des Zwangsverfahrens anträgt, durch diesen Antrag selbst gehoben. Demnach ist das Ehegericht vollkommen in seinem Rechte, wenn es mit der Abweisung des Klägers die Verurtheilung desselben zur Fortsetzung der Ehe verbindet.

[4] Dieß geschieht nur auf Antrag des unschuldigen Ehegatten. Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 4. Juli 1835. Dieser Antrag kann wieder zurückgenommen werden. Vergl. die im Wochenblatte für merkw.

denten verweigerte Consens in die vom Descendenten beabsichtigte Ehe vom Ehegericht supplirt, oder der Descendent mit seiner darauf gerichteten Klage abgewiesen. Das Enderkenntniß kann ebensowohl bedingt, als unbedingt sein. Namentlich kann das auf Scheidung oder Annullirung der Ehe lautende Erkenntniß von einem Collusionseide[5] abhängig gemacht werden, sobald der geltend gemachte Annullationsgrund kein öffentlicher ist, und die Gesetze entweder die Abnahme des Collusionseides ausdrücklich vorschreiben, oder der Richter sonst wegen begangener Collusion Verdacht geschöpft hat. Auch kann bei unvollständigem Beweise auf den Notheid erkannt werden. In dem Scheidungserkenntnisse wird ausdrücklich ausgesprochen, ob es beiden Theilen oder nur dem einen derselben gestattet ist, sich anderweit zu verehelichen[6]. Auch soll die Ursache der erfolgten Ehescheidung im

---

Rechtsfälle 1846. VI, 123. p. 343 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts. Ueber die Modalität der Entscheidung in dem Falle, wenn Annullationsgründe mit Scheidungsgründen cumulirt sind, s. oben §. 137. not. 5.

[5] Dieß ist ein Gefährdeeid, worin die schwörende Partei versichert, daß sie sich mit der Gegenpartei wegen Herbeiführung der Trennung der Ehe nicht verabredet habe, oder daß die abgegebene Erklärung, namentlich das gethane Zugeständniß nicht auf einer der Ehescheidung halber getroffenen Uebereinkunft beruhe. Vergl. oben §. 140 bei not. 24 fg. und Lengnick l. l. §. 20. sub III. pag. 61.

[6] Rescript v. 24. October 1800. C. II. C. A. I. p. 317. Rescript v. 15. Januar 1808. §. 18. C. III. C. A. I. p. 164 fg. Dem schuldigen Theile wird bei erfolgter Ehescheidung die Wiederverehelichung in der Regel untersagt. So hat das Ober-Appell.-Gericht 1837 erkannt. Namentlich gilt dieß von dem Falle, wenn die Ehe wegen Ehebruchs, böslicher Verlassung oder unnatürlicher Befriedigung des Geschlechtstriebs geschieden wird. Dasselbe gilt von der Quasidesertion. Rescript vom 24. October 1800. C. II. C. A. I. p. 317. Findet die Scheidung wegen lebensgefährlicher Mishandlungen Statt, so wird dem schuldigen Ehegatten die Wiederverehelichung nur dann untersagt, wenn die lebensgefährlichen Mishandlungen voll und zwar nicht bloß durch einen freiwilligen oder Notheid erwiesen sind. So hat das Ober-Appell.-Gericht 1844 erkannt. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 124. p. 392. 1851. XI, 110. p. 488. und Ackermann Rechtssätze N. F. I, 181. p. 336 fg. wo ausgesprochen wird, daß zumal dann beiden Theilen die Wiederverehelichung gestattet werde, wenn die Thätlichkeiten in dem zu Aufreizung des Gemüths wohl geeigneten Benehmen der klagenden Partei einige Entschuldigung finden. Wird die Ehe wegen Zuchthausstrafe getrennt — vergl. Rescript vom 25. Februar 1751. C. III. C. A. I. p. 158. — so wird dem schuldigen Theile die Wiederverehelichung ebenfalls untersagt. So hat das Ober-Appell.-Gericht 1837 erkannt. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1844. IV, 82. p. 237. Weber Kirchenrecht §. 133. p. 1296 fg. Deßhalb haben auch geschiedene Ehegatten, wenn sie sich anderweit verheirathen wollen, den Scheidebrief, d. i. eine vidimirte Abschrift des rechtskräftig gewordenen Scheidungserkenntnisses, worauf der Eintritt der Rechtskraft bescheinigt ist, vorzuzeigen. Verordnung vom 31. März 1835. §. 4. Von dem Verbote der Wiederver-

Erkenntnisse jedesmal genau angegeben[7] und in Erkenntnissen, in welchen die Scheidung wegen Ehebruchs erfolgt, des bei der Criminaluntersuchung erfolgten Eingeständnisses des begangenen Ehebruchs jedesmal mit Erwähnung gethan werden[8]. Auf die bei Gelegenheit der Trennung der Ehe entstandenen Civilansprüche erstreckt sich das Scheidungserkenntniß aus dem Grunde nicht, weil diese der Cognition der Ehegerichte nicht unterliegen[9]. Vielmehr müssen solche Civilansprüche mittelst besonderer Klage bei dem ordentlichen Untergerichte des Beklagten geltend gemacht werden. Die Lehre von den Gründen, aus welchen die Trennung oder Annullirung der Ehe erfolgen kann oder muß, oder der Ascendent seinen Consens in eine vom Descendenten beabsichtigte Ehe verweigern darf, gehört in das materielle Eherecht[10].

---

ehelichung kann dispensirt werden. Vergl. schon Rescript v. 6. August 1709. C. A. I. p. 1041. Ober=Consistorialverordnung v. 2. Juni 1719. C. C. A. I. p. 261. Rescript v. 15. Januar 1808. §. 18. C. III. C. A. I. p. 164 fg. Das Dispensationsgesuch ist bei dem Cultusministerium anzubringen. Verordnung v. 8. Februar 1832. Ueber die Statthaftigkeit der Eingehung einer anderweiten Ehe zwischen Katholiken und Protestanten bei Lebzeiten des ersten Ehegatten s. besonders Weber in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. III, 11. p. 133 fg. u. III, 20. p. 385 fg. Vergl. überhaupt Lengnick l. l. §. 20. p. 58 fg. Ist die Wiederverehelichung nach dem Rescript v. 5. Septbr. 1808. C. III. C. A. I. p. 175. nur „nach Beschaffenheit der Umstände" gestattet worden, weil die Trennung auf einer wegen Ansteckung oder sonstigen Rücksichten bedenklichen körperlichen oder Gemüthskrankheit beruht, so bedarf es dazu keiner Dispensation des Cultusministeriums, sondern nur der Genehmigung der Kreisdirection. Weber Kirchenrecht §. 31. p. 108 fg. Ausg. II. und die daselbst not. 29. angezogene Entscheidung des Cultusministeriums.

[7] Rescript vom 12. October 1808. C. III. C. A. I. p. 176, wodurch die Bestimmung des Rescripts v. 5. September 1808. C. III. C. A. I. p. 175, daß unter der dem Dispensationsgesuche um Wiederverehelichung beizufügenden vidimirten Urthelsabschrift die Ursache der Ehescheidung ausführlich erwähnt werden solle, wieder aufgehoben wurde.

[8] Rescript v. 22. September 1802. C. III. C. A. I. p. 158.

[9] Vergl. oben §. 130.

[10] S. vorzüglich Weber Kirchenrecht §. 130. p. 1200 fg. und §. 131. p. 1234 fg. v. Hartitzsch Eherecht §. 115 fg. Lengnick l. l. §. 25 fg. p. 76 fg. Ueber die Grundsätze, nach denen in gemischten und rein katholischen Ehesachen erkannt wird, s. Mandat v. 19. Februar 1827. §. 61 fg. C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 57 fg. Gesetz v. 31. Januar 1835. Verordnung vom 28. März 1835. §. 35. Vergl. Weber in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. II. 2. p. 6 fg. Namentlich bestimmt das angez. Gesetz v. 31. Januar 1835. §. 1. daß in Fällen, wo nach den Grundsätzen des katholischen Eherechts nur auf zeitige Trennung von Tisch und Bette, oder auf Abweisung des Klägers erkannt werden muß, während nach protestantischem Kirchenrechte Scheidung vom Bande stattfinden kann, nach Ablauf eines Jahrs von der Rechtskraft des Erkenntnisses angerechnet, auf Antrag des evangelischen Theils nach abgehaltenem anderweiten Sühnetermine Scheidung vom Bande auszusprechen ist. Ist in einer gemischten Ehesache nach den Grundsätzen des katholischen Rechts auf fortwährende Scheidung von Tisch und Bette zu erkennen, so gilt diese für

Von der Erstattung oder Compensation der Proceßkosten gelten im Allgemeinen die Grundsätze des ordentlichen Processes. Indeß hat der Ehemann seiner Ehefrau die derselben erwachsenden Proceßkosten nur dann vorzuschießen, wenn ihm dieselbe Vermögen zugebracht hat, und ist der Ehemann in solchem Falle berechtigt, die verlagsweise für die Ehefrau bestrittenen Kosten bei Restitution des Einbringens auf die Substanz dieses Letzteren in Anrechnung zu bringen[11].

§. 142.

Fortsetzung. b. Interlocut. Scheidung von Tisch und Bette. Alimentationspflicht des Ehemanns während des Eheprocesses.

Das in Ehesachen gefällte interlocutorische erste Erkenntniß lautet in der Regel auf Beweis und Gegenbeweis. Wird in diesem Erkenntnisse dem klagenden Ehegatten der Beweis der in der Klage aufgestellten thatsächlichen Behauptungen auferlegt, so muß demselben der Eidesantrag auch dann gestattet werden, wenn er sich dieses Beweismittels bei Anstellung der Klage nicht bedient hatte[1].

---

den evangelischen Theil als Scheidung vom Bande. Auf gleiche Weise gilt die nach evangelischem Eherechte ausgesprochene Scheidung vom Bande für den katholischen Theil als fortwährende Scheidung von Tisch und Bette. Beides ist in den Urtheln auszudrücken. C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 57. sub 2. Lengnick l. l. §. 20. p. 57.

[11] Resolut. in consistorialibus v. 27. Januar 1786. §. 10. C. II. C. A. I. p. 291 fg. Gottschalk Analecta p. 371. Curtius Handbuch I. §. 112. und das in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge I. p. 446 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts. Vergl. auch v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 132. Einen Kostenvorstand braucht der Ehemann für die Ehefrau nicht zu bestellen. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 29. p. 184.

[1] S. oben §. 137. Dieß gilt auch dann, wenn es sich um Trennung der Ehe handelt. Leyser Med. ad Pand. Sp. 135. med. 8. Biener Syst. §. 307. Lengnick l. l. §. 17. p. 45. Kori Summ. Pr. §. 20. Vergl. Erl. Pr.-O. XVIII, 4. Decis. Elect. 34. v. 2. Juli 1746. C. C. A. I. p. 349 fg. und vorzüglich Rescript v. 30. September 1785. C. II. C. A. I. p. 311. und Rescript v. 21. November 1785. C. II. C. A. III. p. 15. Die gegentheilige Ansicht, welche sich auf cap. ult. X. de transact. I, 36. stützt, ist irrig, da diese Gesetzstelle nur von wirklichen Vergleichen über Ehetrennung, nicht vom Eidesantrage darüber handelt. A. M. sind Berger El. Pr. matr. §. 23. Griebner Princ. Proc. II, 3. §. 5. Auch über den Ehebruch kann nach Sächsischem Rechte im Civilprocesse der Eid angetragen werden. S. die angez. Rescripte v. 30. September 1785. u. v. 21. November 1785. Volkmann l. l. §. 214. p. 76. und oben §. 138 bei not. 8. Ueber lebensgefährliche Mishandlungen kann der Eid ebenfalls angetragen werden. Rivinus Enunc. XVIII, 2. Kori l. l. not. 12. Volkmann l. l. War der Eidesantrag im Erkenntnisse nicht ausdrücklich vor-

Im Uebrigen weicht das Beweisinterlocut seiner Form und seinem Inhalte nach von den im ordentlichen Processe zu fällenden Beweisinterlocuten nicht ab[2].

Sehr häufig wird im ersten Erkenntnisse auf zeitige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bette erkannt und diese Trennung entweder unter Aussetzung des Eheprocesses[3] zu Versöhnung der erbitterten Gemüther, sei es auf Antrag einer Partei oder von Amtswegen[4], für einen bestimmten Zeitraum oder bis auf weitere Anordnung des Ehegerichts verfügt, oder auch mit einem Interlocute verbunden und von der Dauer des Eheprocesses abhängig gemacht[5]. Im ersteren Falle wird nach Ablauf der festgesetzten, gewöhnlich sechsmonatlichen Frist[6], oder wenn eine solche Frist nicht festgesetzt war, sobald dieß nach Ermessen des Ehegerichts rathsam erscheint, ein neuer Sühnetermin anberaumt und nach fruchtlos angestelltem Vergleichsversuche entweder der Eheproceß fortgesetzt, oder sofort definitiv erkannt. Im letzteren Falle dagegen hat die ausgesprochene Scheidung von Tisch und Bette auf den Fortgang des Eheprocesses keinen Einfluß. Die Wiederaufhebung der zeitigen Trennung von Tisch und Bette muß wenigstens in dem Falle, wenn die Trennung auf unbestimmte Zeit angeordnet worden war, mittelst förmlichen Erkenntnisses erfolgen[7]. Bei Katholiken findet auch immerwährende Trennung von Tisch und Bette Statt, welche an die Stelle der bei den Protestanten zulässigen Trennung vom Bande tritt und

---

behalten worden, so steht er dennoch zu. Vergl. auch unten §. 143 bei not. 4. und diese Note selbst.

[2] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 241 u. 242.

[3] Darauf haben das vormalige Appell.-Gericht und das Ober-Appell.-Gericht oft erkannt. Vergl. auch Weber Kirchenrecht §. 132. p. 1281 fg.

[4] Vergl. oben §. 134. Theilweise a. M. ist Lengnick in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge IX, 6. p. 117.

[5] Vergl. namentlich Lengnick l. l. pag. 112 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. I, 159. p. 311 fg. u. 165. p. 320 fg. Dieß gilt auch von Eheprocessen, in denen auf Annullation der Ehe wegen eines Privathindernisses geklagt worden ist. So hat das Ober-App.-Gericht wiederholt erkannt. Eines Erkenntnisses bedarf es hierzu nicht. Vielmehr genügt eine einfache Resolution. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 115. p. 368. Ueber selbständige Stellung des Antrags s. oben §. 130. not. 5.

[6] So hat das vormalige Appell.-Gericht 1832 sich ausgesprochen.

[7] Rescript v. 12. Februar 1808. C. III. C. A. I. p. 173. Weber l. l. §. 132. p. 1289. Diesem Erkenntnisse geht dann ein Sühnetermin voraus. Weber l. l. Ein auf Aufhebung der auf unbestimmte Zeit angeordneten Trennung gerichtetes Gesuch des Beklagten wird vor Ablauf eines Jahrs nach der Praxis nicht beachtet. Vergl. Weber l. l. p. 1289 fg. not. 46.

im Enderkenntnisse ausgesprochen wird [8]. Die Lehre von den Wirkungen der Scheidung von Tisch und Bette gehört in das materielle Recht [9].

Bei Gelegenheit der richterlichen Verfügung einer Trennung von Tisch und Bette oder bei Nachsuchung um eine solche Trennung stellt die Ehefrau gewöhnlich auch den Antrag, den Ehemann für die Dauer des Rechtsstreits [10] zu Verabreichung von

---

[8] Vergl. besonders Weber l. l. §. 131. p. 1279.

[9] S. Weber l. l. §. 132. p. 1283 fg. Ueber den Gerichtsstand einer von Tisch und Bette getrennten Ehefrau in Civilsachen s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856 N. F. IV, 6. p. 24. und in Criminal- und Rügensachen s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 32. p. 88.

[10] Das Gesuch der Ehefrau um Gewährung von Alimenten für sich und die bei ihr verbliebenen Kinder für die Dauer des Ehestreits oder einer zeitigen Scheidung von Tisch und Bette ist also beim Ehegericht zu stellen. Denn während des Ehestreits ist dieses zur justizpolizeilichen Cognition über die Alimentationsfrage, insoweit es sich um gesetzliche Alimente handelt und die Alimente nicht etwa auf Grund eines besonderen Privatrechtstitels beansprucht werden, ausschließlich zuständig, da die Bestimmung in §. 64. des C. Gesetzes vom 28. Januar 1835, daß die Ehegerichte für die Dauer des Ehestreits oder einer zeitigen Scheidung von Tisch und Bette feststellen dürfen, welcher Theil für die Erziehung der Kinder zu sorgen, und ob und in welcher Größe der Ehemann der Ehefrau Alimente zu verabreichen habe, nicht etwa so zu verstehen ist, als ob dazu neben dem Ehegerichte auch der ordentliche Richter berechtigt wäre. Die entgegengesetzte Ansicht von Weber l. l. §. 31. not. 26. p. 108. Aufl. II. ist nach Lengnick l. l. §. 10. p. 23. in einer Verordnung des Justizministeriums v. 11. Mai 1839 ausdrücklich gemisbilligt worden. S. auch die in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. V. p. 467 fg. und im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1847. VII, 78. p. 257 fg. u. 95. p. 317 fg. 1850. X, 67. p. 312. sowie bei Ackermann Rechtssätze N. F. V, 709. p. 197 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Dagegen haben die Ehegerichte die Execution wegen dieser Punkte dem ordentlichen Richter zu überlassen. C. Gesetz vom 28. Januar 1835. §. 64. Siehe darüber unten §. 145. Auch dann, wenn nach Beendigung des Zwangsverfahrens der unschuldige Theil nicht auf Scheidung, sondern auf Verabreichung von Alimenten anträgt, steht nach der Verordnung des Justizministeriums v. 5. August 1847 die Entscheidung über die gesetzliche Verpflichtung des Ehemanns zur Verabreichung von Alimenten für die Ehefrau und die mit derselben in der Ehe erzeugten Kinder, sowie über die Verbindlichkeit zu Erziehung der Letzteren, dem Ehegerichte zu. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. V. p. 467 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 7. p. 15 fg. 1847. VII, 78. p. 257 fg. 95. p. 317 fg. 1854 N. F. II, 12. p. 57 fg. Ackermann Rechtssätze N. F. I, 154. p. 297 fg. III, 401. p. 102 fg. Ueber die Alimentationspflicht des Ehemanns vor der Einleitung des Ehestreits und nach Trennung der Ehe cognosciren die Ehegerichte nicht. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 82. p. 310 fg. Vergl. noch v. Hartitzsch Entscheidungen practischer Rechtsfragen No. 133. Käuffer in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. IV, 9. p. 117 fg. Ueber die Competenz des Civilrichters rücksichtlich der Frage, ob gewisse von der Ehefrau bestrittene Ausgaben noch außer den ihr ausgesetzten wöchentlichen Alimenten vom Ehemanne gefordert werden können, oder darunter begriffen zu achten, siehe Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XIV. p. 139 fg.

Alimenten für sie selbst und für die bei ihr verbliebenen[11] mit dem Ehemanne erzeugten Kinder anzuhalten. Ein solcher Antrag ist in allen Fällen und zwar auch dann statthaft, wenn der Ehemann ein Armuthszeugniß beigebracht oder das Armenrecht bereits erlangt hat[12]. Auch ist es hierbei gleichgültig, ob die Ehefrau selbst zu dem Eheprocesse Veranlassung gegeben hat, oder nicht[13]. Denn die Verbindlichkeit des Ehemanns, die Ehefrau und die mit ihr erzeugten Kinder zu ernähren, besteht auch während des Eheprocesses unverändert fort[14]. Indeß kann die Ehefrau auf Verabreichung dieser Alimente nur dann antragen, wenn sie von dem Ehemanne wirklich getrennt lebt[15]. Dieselben sind alimenta civilia und bestehen nicht nur in einer zu Verschaffung der nöthigen Nahrungsmittel bestimmten, vom Ehemanne wöchentlich praenumerando zu verabreichenden Geldsumme[16], sondern auch in den sonstigen nothwendigen Lebensbedürfnissen, namentlich in Kleidern, Betten, Wäsche uud Utensilien[17]. Bei Bestimmung

---

[11] Die Frage, ob die Kinder bei der Mutter verbleiben sollen, wird nach den Umständen und der moralischen Beschaffenheit der Eheleute entschieden. Ueber die Competenz rücksichtlich dieser Frage siehe C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 64. Angez. Verordnung v. 5. August 1847. Ackermann Rechtssätze III, 463. p. 260 fg. vergl. mit Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 99. p. 328. In Betreff ganz kleiner Kinder gelten die nämlichen Grundsätze, wie bei unehelichen Kindern. Vergl. Weber l. l. §. 132. p. 1288. und not. 44 daselbst. Ueber die Frage, ob die Ehefrau berechtigt sei, die ihr überlassene Erziehung der Kinder Anderen zu übertragen, s. das in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge IV. p. 188 mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[12] So hat das Ober-Appell.-Gericht wiederholt erkannt, da auch der arme Ehemann seine Frau und Kinder ernähren muß.

[13] Leyser Med. ad Pand. Sp. 301. med. 1. u. Sp. 313. med. 5 u. 6. Weber l. l. §. 132. p. 1285. Gottschalk Disc. For. II, 4. Denn für die Dauer des Rechtsstreits ist die Ehefrau berechtigt, von ihrem Ehemanne getrennt zu leben. Vergl. oben §. 133.

[14] Carpzov Jur. For. III, 26. def. 18. Gottschalk l. l. Weber l. l. §. 132. p. 1285.

[15] Wohnt sie bei dem Ehemanne, wenn auch in abgesonderten Zimmern, so kann sie die Alimente nur in natura fordern. So hat das Ober-App.-Gericht erkannt.

[16] Diese beträgt nach dem Gerichtsbrauche für die Ehefrau allein wöchentlich mindestens 7½ Ngr. und für jedes Kind, welches bei der Ehefrau verbleibt, wöchentlich mindestens 5 Ngr. Weber l. l. §. 132. p. 1287. und das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfragen No. 22. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts.

[17] So hat das Ober-Appell.-Gericht wiederholt erkannt. Vergl. Weber l. l. §. 132. not. 33. pag. 1284 fg. Hänsel Excurse pag. 291 fg. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. V, 48. p. 127 fg. Ueber die Frage, ob der Ehemann mehr als die der Frau eigenthümlich zugehörigen Sachen herauszugeben, beziehendlich solche zum Gebrauche der Frau von seinem Gelde anzu-

der vom Ehemanne wöchentlich zu gewährenden Geldsumme wird auf Stand, Wohnort und Vermögen des Ehemanns, auf Dotal- und Paraphernalvermögen der Ehefrau und auf etwaige zwischen den Ehegatten abgeschlossene Verträge, sowie auf die Zahl der bei der Ehefrau verbliebenen Kinder Rücksicht genommen, und dabei der Grundsatz festgehalten, daß die Alimente nur als Zuschuß zu betrachten sind und daß die Ehefrau während der Trennung von Tisch und Bette ihren Unterhalt sich selbst erwerben muß [18]. Die Alimentationspflicht kann ebensowohl bei Gelegenheit eines Erkenntnisses in diesem, als ohne solches mittelst einfacher Resolution ausgesprochen werden [19]. Dieselbe beginnt, wenn darauf erkannt ist, mit der Publication des darauf lautenden Erkenntnisses [20], bei bedingten Erkenntnissen mit Eintritt der Bedingung, wenn aber nur resolvirt worden ist, vom Tage der dem Ehemanne behändigten Auflage an [21]. Dagegen erlischt diese Verbindlichkeit des Ehemanns in Betreff der Ehefrau selbst, mit der wirklichen Aufnahme derselben in seiner Wohnung nach stattgefundener Versöhnung, oder mit der Einleitung des Zwangs-

---

schaffen habe, siehe Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XV. p. 354 fg. Ueber die Frage, ob die Ehefrau die ihr während der Dauer der Scheidung von Tisch und Bette durch Zufall verloren gegangenen Kleider, Wäsche, Betten und sonstigen Utensilien vom Ehemanne ersetzt verlangen könne, s. Gottschalk l. l. Haubold Privatrecht §. 67. Anmerkung u. das von v. Hartitzsch l. l. No. 22. mitgetheilte Präjudiz des Ober-Appell.-Gerichts. In Krankheitsfällen muß der Ehemann außerdem auch die Kurkosten bezahlen. Weber l. l. §. 132. p. 1287. Ueber die Frage, ob die sich eigenmächtig trennende Ehefrau berechtigt sei, die ihr eigenthümlich zugehörenden Sachen, welche nicht Receptitiengut sind, mit hinwegzunehmen, siehe Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XI. p. 264 fg.

[18] Gottschalk l. l. So hat das Ober-Appell.-Gericht erkannt.

[19] So hat das Ober-Appell.-Gericht wiederholt erkannt. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847. VII, 115. p. 368.

[20] Also nicht von der Rechtskraft dieses Erkenntnisses an. So hat das Ober-Appell.-Gericht erkannt. Vergl. jedoch das von v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 21. mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Appell.-Gerichts, wo der Beginn der Alimentationspflicht von der Rechtskraft abhängig gemacht wird und Weber l. l. §. 132. p. 1287. Ueber die Ausnahmsfälle, in welchen die Alimente für die Zeit von der factischen Trennung an zugebilligt werden, siehe v. Hartitzsch l. l. u. oben not. 10. Hinsichtlich der Frage, ob die Alimentationspflicht erst mit der Publication des später rechtskräftig gewordenen, oder mit der Publication des ersten darauf lautenden Erkenntnisses beginne, ob also durch Einwendung eines suspensiven Rechtsmittels gegen das auf Gewährung von Alimenten lautende Erkenntniß, auch die Alimentatianspflicht suspendirt werde, ist verschieden erkannt worden. Richtiger ist jedenfalls die Ansicht, daß die Alimentationspflicht nicht suspendirt werde. So hat auch das Appell.-Gericht zu Dresden 1843 erkannt. S. Weber l. l. §. 132. p. 1287 fg.

[21] So hat das Ober-Appell.-Gericht oft erkannt. Vergl. oben not. 10.

verfahrens gegen die Ehefrau, oder auch mit Eintritt der Rechtskraft des Erkenntnisses, in welchem die Ehe annullirt oder geschieden wird, in Betreff der Kinder aber, sobald sich dieselben selbst ernähren können, oder der Vater sie zu sich nimmt[22]. Die erkannten Alimente können bei veränderten Umständen auf Antrag des einen Theils herabgesetzt oder erhöht werden[23]. Zu Beitreibung der vom Ehegerichte ausgesetzten Alimente wird dem ordentlichen Untergerichte Auftrag ertheilt[24].

§. 143.

Vom Beweisverfahren und dem Enderkenntnisse in Ehesachen.

Das Beweisverfahren wird in Form des ordentlichen Processes abgesetzt[1]. Neue auf die Begründung der Klage abzweckende Thatsachen darf der Kläger im Beweisverfahren nicht mehr vorbringen. Dasselbe gilt von neuen Vertheidigungsmomenten gegen die Klage, dieselben müßten denn die Aufrechthaltung der Ehe bezwecken[2]. Die Beweismittel und Beweisgründe sind die gewöhnlichen[3]. Der Gebrauch des Schiedseides ist gestattet. Namentlich kann auch über den Ehebruch und über lebensgefährliche Mishandlungen der Eid angetragen werden[4].

---

[22] Auch dieß ist Gerichtsbrauch des Ober-Appell.-Gerichts. Vergl. jedoch über die Zuerkennung von Alimenten für die Zeit nach rechtskräftiger Trennung der Ehe vom Bande Kind Quaest. For. IV, 2. Käuffer in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge IV, 9. p. 118 fg.

[23] Dazu bedarf es aber der Bescheinigung der veränderten Verhältnisse von Seiten des Antragstellers. Zu Begründung des Antrags auf Herabsetzung der zuerkannten Alimente genügt übrigens die bloße Beibringung eines Armuthszeugnisses von Seiten des Ehemannes nicht. So hat das Ober-Appell.-Gericht erkannt. Kommt die Ehefrau während des Eheprocesses nieder, so werden die Alimente erhöht. Wegen Erstattung der der Ehefrau bei dieser Gelegenheit erwachsenen Geburts- und Taufkosten muß die ordentliche Obrigkeit des Ehemanns angegangen werden, da zu Zuerkennung derselben das Ehegericht nicht zuständig ist. So hat das Ober-Appell.-Gericht mehrmals erkannt.

[24] S. unten §. 145.

[1] Biener Syst. §. 307. Kori Summ. Pr. §. 20.

[2] Ackermann Rechtssätze N. F. I, 166. p. 323 fg. u. oben §. 134 bei not. 8. u. §. 140 bei not. 11.

[3] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 246. 252 fg. und 257 fg. Das Gesuch um Ehescheidung wegen Ehebruchs erfordert keineswegs einen solchen vollen directen Beweis, wie dieser in anderen Civilprocessen nöthig ist. Vielmehr reicht dabei ein aus den Umständen sich ergebender hoher Grad des Verdachts — adulterium praesumtum — hin. Siehe oben §. 138. not. 1. u. bei not. 6.

[4] Vergl. oben §. 142. not. 1. Volkmann l. l. §. 214. p. 76. Leng-

Indeß ist dieses Beweismittel im Eheprocesse nur ein subsidiarisches und daher in solchen Fällen, in denen die richterliche Ueberzeugung auf andere Weise sich herstellen läßt, nach der eigenthümlichen Natur des Eheprocesses ausgeschlossen. Die Eidesfähigkeit ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen[5]. Indeß tritt die Eidesmündigkeit in Ehesachen schon mit dem erfüllten sechszehnten Lebensjahre ein[6]. Das Zeugniß der Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie ist in Ehesachen zwar verdächtig, indeß nicht unzulässig, das der übrigen Verwandten aber weniger verdächtig, als in anderen Sachen[7]. Auch der Hausarzt wird trotz der ihm im Allgemeinen obliegenden Verbindlichkeit zur Verschwiegenheit[8] zum Zeugniß zugelassen[9]. Die Einreichung von Fragstücken ist zulässig, einseitige Beibringung von Zeugenrotuln aber nicht gestattet[10]. Die Zeugen werden gewöhnlich im Auftrag des Ehegerichts von der competenten Unterbehörde vereidet und abgehört. Auch dazu haben sich die Ehegerichte in der

---

nick l. l. §. 18. p. 48 fg. Ueber den Gebrauch des Schiedseides in Ehestreitigkeiten nach gemeinem Rechte s. Gensler im Archiv f. d. civil. Praxis II, 3 pag. 36 fg. Uihlein ebendaselbst XII, 2. pag. 15 fg. Derselbe in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß IX, 3. pag. 28 fg. vergl. mit Hommel Rhaps. Obs. 323.

[5] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 259.

[6] Erl. Pr.-O. XVIII, 4. Vom Zeugeneide gilt dieß nicht. So hat 1844 in der Zimmermannschen Ehesache das Ober-Appell.-Gericht erkannt.

[7] Cap. 3. X. qui matr. accus. poss. vel contra ill. test. IV, 18. Wernher Obs. For. P. IV. Obs. 159. Berger El. Proc. Matr. §. 39. Ejusdem Oec. Jur. IV, 24. Th. 3. not. 8. Leyser Med. ad Pand. Sp. 283. med. 8. Hommel l. l. Obs. 211. s. v. „parentes" „liberi" u. „consanguinei." Gottschalk Disc. For. II, 24. pag. 312. Mittheilungen aus dem Gebiete der Rechtskunde vom voigtländ. jurist. Vereine IV, 7. p. 80 fg. v. Hartitzsch Entsch. pract. Rechtsfr. No. 14 u. 231. Hänel in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. Neue Folge II, 17. pag. 318 fg. Lengnick l. l. §. 18. pag. 49. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 275. not. 19. Wider Willen sind Verwandte und Verschwägerte in gerader Linie zu Ablegung des Zeugnisses nicht anzuhalten. Ihr Zeugniß kann aber nicht zu einem Erfüllungs- sondern nur zu einem Reinigungseide führen. Cap. 22. X. de test. II, 20. Gottschalk l. l. Mittheilungen des voigtl. Vereins l. l. p. 81. A. M. sind Kori in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. I, 14. p. 212. Hänel ebendas. Neue Folge II, 17. p. 318 fg. u. Lengnick l. l. §. 18. p. 54.

[8] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 275. not. 24. und Mandat v. 1. Juni 1824. Formular sub Θ.

[9] So hat das Ober-Appell.-Gericht erkannt. Der Widerspruch des Gegners hindert also die Abhörung nicht. Bestritten ist, ob der Hausarzt zum Zeugniß genöthigt werden könne. Vergl. Lengnick l. l. §. 18. p. 50, welcher dieß bejaht.

[10] Berger El. Proc. Matr. §. 10. Kori Summ. Pr. §. 20. Lengnick l. l. §. 18. p. 46.

Regel und wenn nicht besondere Umstände die Ertheilung des Auftrags an Patrimonialgerichte erheischen, der Königlichen Untergerichte zu bedienen, denen die Kosten, wenn solche von den Parteien nicht zu erlangen sind, nicht restituirt werden[11]. Der Beklagte muß dem Kläger auch solche Urkunden ediren, welche zum Beweise der Klage gebraucht werden[12]. Körperliche Unfähigkeit des einen Ehegatten zu Ausübung des Beischlafs, mag dieselbe absolut oder relativ sein, desgleichen Gefahr für das Leben oder die Gesundheit, welche dem einen Ehegatten aus der Ausübung des Beischlafs droht, wird durch Besichtigung eines zu diesem Behufe von dem Ehegerichte ein- für allemal oder besonders verpflichteten Arztes bewiesen[13]. Der Versuch der Ausschüttung des Samens ist untersagt[14]. Fällt das Gutachten des Arztes dahin aus, daß der eine Ehegatte ganz impotent, oder daß relative Impotenz zwischen den Ehegatten vorhanden sei, so wird auf Trennung der Ehe erkannt. Bleibt die absolute oder relative Impotenz zweifelhaft, so wird den Ehegatten auferlegt, die Ehe noch drei Jahre lang fortzusetzen und erst nach Verlauf dieses dreijährigen Zeitraums mit Trennung der Ehe verfahren, wenn der betreffende Ehegatte eidlich erhärtet, daß während desselben die Ausübung des Beischlafs nicht stattgefunden habe[15]. Bloßes Zugestehen des vom Kläger geltend gemachten Scheidungs- oder Annullationsgrunds von Seiten des Beklagten liefert in der Regel keinen vollen Beweis[16]. Vielmehr ist es dem Ehegerichte gesetzlich vorgeschrieben[17] oder doch gestattet, in solchem Falle, sobald nicht für die Wahrheit der eingeräumten Thatsache andere Ueberzeugungsgründe vorhanden sind[18], auf

---

[11] Verordnung v. 9. April 1836. §. 20. Seit dem 1. October 1856 kann dieß nur noch in den Schönburg'schen Receßherrschaften vorkommen.

[12] Berger El. Proc. Matr. §. 38. Kori l. l. §. 20. Vergl. Lengnick l. l. §. 18. p. 51 fg. welcher dieß nur auf den Fall beschränkt, wo es sich um Aufrechterhaltung einer erlaubten oder Annullation einer schlechterdings verbotenen Ehe handelt.

[13] Kori l. l. Sehr ausführlich darüber Lengnick l. l. §. 18. p. 52 fg.

[14] Rescript v. 27. Januar 1813. C. III. C. A. I. p. 180. Kori l. l.

[15] Cap. 5. X. de frig. et malefic. et impot. coeundi IV, 15. Wernher Obs. For. P. III. Obs. 56. Hommel l. l. Obs. 555. Kori l. l.

[16] Vergl. oben §. 134. Kori l. l.

[17] S. z. B. Rescript v. 13. Januar 1804. C. III. C. A. I. p. 160. u. überhaupt oben §. 140 bei not. 24 fg.

[18] z. B. ärztliches Gutachten, Verurtheilung in der vorausgegangenen Criminaluntersuchung.

einen Collusionseid oder auf Beweis des zugestandenen Klaggrunds zu erkennen[19]. Die Auferlegung von Notheiden im Enderkenntnisse ist zuläſſig[20]. Nach abgesetztem Pro- und Reproductionsverfahren, in welchem die siebentägige Frist streng eingehalten werden muß[21], wird entweder sofort definitiv erkannt, oder nach Befinden mit oder ohne vorgängiges Pro- und Reproductionserkenntniß mit Publication der Zeugenrotuln verfahren, und das Hauptverfahren abgesetzt[22]. Indeß ist auch das sogenannte kurze Verfahren vom Mund aus in die Feder gesetzlich nicht ausgeschlossen[23]. Das Enderkenntniß ist nach den oben §. 141. angegebenen Grundsätzen zu beurtheilen[24]. Von der rechtskräftigen Scheidung oder Annullirung der Ehe hat das Ehegericht dem betreffenden Pfarrer Nachricht zu geben[25], er müßte denn als geistlicher Beisitzer des Ehegerichts an der Abfassung des die Ehescheidung oder die Nichtigkeit des Ehebündnisses definitiv aussprechenden Erkenntnisses selbst Theil genommen haben[26].

§. 144.

Von den Rechtsmitteln im Eheprocesse.

Gegen die Erkenntnisse der Ehegerichte findet in der Regel nur eine einmalige Appellation Statt[1]. Auf diese Appellation wird von den protestantischen Ehegerichten an das Ober-Apellationsgericht[2], von den katholischen Consistorien dagegen an

---

[19] Namentlich gilt dieß auch von dem Falle, wenn der Beklagte die vom Kläger behaupteten lebensgefährlichen Mishandlungen pure eingeräumt hat.

[20] Leyser l. l. Sp. 141. med. 4. Kori l. l. Der Notheid macht dann den Collusionseid überflüſſig.

[21] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 224 am Ende.

[22] S. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 289 fg. §. 297. und §. 298 fg.

[23] Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 298.

[24] Vergl. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 300 fg. Ueber die Rechtskraft dieser Erkenntnisse nach gemeinem Rechte s. Uihlein im Archiv f. d. civilist. Prax. XII, 3. p. 33 fg.

[25] Verordnung v. 5. August 1848. In der Regel ist diese Nachricht demjenigen Pfarrer zu geben, welcher den Sühneversuch gehalten hat, also in gemischten Ehesachen beiden Pfarrern. Angez. Verordnung §. 1 u. 2. Ist der Sühneversuch von dem Pfarrer einer Anstalt gehalten worden — s. oben §. 136. — so ist nicht dieser, sondern der Pfarrer des Wohnorts zu benachrichtigen. Angez. Verordnung §. 3.

[26] Angez. Verordnung §. 4.

[1] B. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 18.

[2] C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 59. B. Gesetz §. 15.

das apostolische Vicariatsgericht zu Dresden einberichtet[3]. Lautet das Erkenntniß der zweiten Instanz in seinem ganzen Umfange, oder doch in Betreff einzelner Punkte confirmatorisch, so ist ein zweites Rechtsmittel dagegen wenigstens insoweit unzuläßig, als das frühere Erkenntniß dadurch bestätigt wird[4]. Ist hingegen das Erkenntniß der ersten Instanz in der zweiten Instanz ganz oder theilweise reformirt worden, so ist die abermalige Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels insoweit, als das frühere Erkenntniß abgeändert worden ist, allerdings zuläßig[5]. Diejenige Partei, zu deren Gunsten das Erkenntniß der ersten Instanz abgeändert worden ist, kann gegen das Erkenntniß der zweiten Instanz in keinem Falle nochmals remediren[6]. Das Rechtsmittel, dessen man sich nach diesen Grundsätzen bisweilen bedienen kann, um eine Abänderung des in zweiter Instanz gefällten Erkenntnisses herbeizuführen, ist in der Regel eine nochmalige Appellation, wenn aber die gegen das Erkenntniß erster Instanz eingewendete Appellation zur Justification angenommen worden war, die Leuterung[7]. Das Erkenntniß über die Leuterung oder über die eingewendete zweite Appellation wird von dem nämlichen Gerichte abgefaßt, von welchem das Erkenntniß zweiter Instanz gefällt worden war. Bei diesem Erkenntnisse bewendet es schlechterdings[8]. Enthält das erste Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts Punkte, über welche es zuerst entscheidet, oder Incidentpunkte, welche erst in der zweiten Instanz entstanden sind, so kann auch die Partei, zu deren Gunsten das Erkenntniß der ersten Instanz abgeändert worden ist, nochmals appelliren oder leutern[9].

---

[3] C. Gesetz §. 62. Dieß gilt also in der Ober-Lausitz auch in denjenigen gemischten Ehesachen, in denen der Beklagte Katholik ist. Vergl. oben §. 131 bei not. 13.

[4] B. Gesetz §. 18.

[5] B. Gesetz §. 18. C. Gesetz §. 62.

[6] Dieß folgt aus B. Gesetz §. 18. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1842. II, 6. p. 38. u. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329 bei not. 44.

[7] C. Gesetz §. 59 u. 62. B. Gesetz §. 26. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 328.

[8] B. Gesetz §. 18 am Ende. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 329. not. 43.

[9] Denn die im B. Gesetz §. 18 am Ende ausgesprochene Ausnahme, welche rücksichtlich der Ehesachen stattfindet, besteht darin, daß eine solche nicht, wie die in derselben §. aufgezählten übrigen Rechtssachen, erst in der dritten, sondern in der zweiten Instanz an das Ober-Appellationsgericht und zwar nicht, wie diese anderen Rechtssachen, nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig gelan-

Gegen die Verfügungen der Ehegerichte findet ebenfalls nur eine einmalige Appellation an die genannten Oberbehörden Statt, es müßte denn das Verfahren des Ehegerichts in zweiter Instanz abgeändert worden sein, in welchem Falle dem Gegner des Appellanten eine nochmalige Appellation an die nämliche Oberbehörde offensteht[10]. Wird gegen das Verfahren des vor einem Ehegerichte zur Vornahme einer Proceßhandlung beauftragten oder veranlaßten Untergerichts appellirt, so entscheidet das dem Untergerichte zunächst vorgesetzte Obergericht über die eingewendete Appellation, wenn diese nur gegen das Verfahren des Untergerichts und die Art der Vollstreckung gerichtet ist und nicht zugleich die vorhergegangene dem Verfahren zum Grunde liegende Resolution des Ehegerichts selbst dadurch zur Beschwerde gezogen wird. Im letzteren Falle dagegen ist die Entschließung auf die ergriffene Appellation dem Ober-Appellationsgerichte oder dem apostolischen Vicariatsgerichte anheim zu geben[11]. Erläßt das Ober-Appellationsgericht in einer Ehesache unmittelbar Verfügungen an ein Untergericht, so findet dagegen nur eine Appellation an die nämliche Oberbehörde Statt[12].

Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse und Verordnungen des Ober-Appellationsgerichts oder des apostolischen Vicariatsgerichts sind bei dem Ober-Appellationsgerichte[13] anzu-

---

gen, so daß also §. 13 u. 14. des B. Gesetzes nicht in der dritten, sondern schon in der zweiten Instanz zur Anwendung zu bringen sind. So hat das Ober-Appell.-Gericht erkannt. Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1841. I, 31. p. 116 fg.

[10] B. Gesetz §. 32. Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 10. Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 337.

[11] Verordnung v. 9. April 1836. §. 8. So hat auch das Justizministerium 1836 entschieden. Das Untergericht hat sich also in solchem Falle aller Cognition zu enthalten und die erfolgte Einwendung der Appellation dem Ehegerichte anzuzeigen. Dieses cognoscirt über die Zulässigkeit der Appellation und berichtet, falls der Zulässigkeit kein Bedenken im Wege steht, an das Ober-Appell.-Gericht. Bezieht sich der Appellant dabei auf veränderte Umstände, so hat darüber zunächst das Ehegericht selbst zu cognosciren. So hat das Ober-Appell.-Gericht 1837, als der Beklagte gegen die Vollstreckung der Gefängnißstrafe aus dem Grunde appellirte, weil er krank sei und die Gefängnißstrafe an ihm nicht vollstreckt werden könne, die Entscheidung darüber unter Remission der Acten dem Ehegerichte überlassen. Vergl. auch mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 339 nach not. 3.

[12] B. Gesetz §. 33. Gesetz v. 13. Januar 1838. §. 10. Käuffer Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren p. 28. u. 16 fg. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 337 bei not. 7.

[13] B. Gesetz §. 21. C. Gesetz §. 62. Bekanntmachung des Ober-App.-Gerichts v. 4. März 1848. §. 4.

bringen, welches darüber in voller Versammlung zu entscheiden hat[14]. Gegen das Erkenntniß über die Nichtigkeitsbeschwerde ist eine Leuterung zuläßig, über welche das Ober-Appellationsgericht ebenfalls in voller Versammlung entscheidet[15]. Einfache Beschwerden über das Verfahren des Ober-Appellationsgerichts, des apostolischen Vicariatsgerichts und der protestantischen Ehegerichte sind bei dem Justizministerium[16], über das Verfahren der katholischen Consistorien aber bei dem apostolischen Vicariatsgerichte anzubringen[17]. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird allein deßhalb, weil eine Ehesache vorliegt, nicht ertheilt[18], sondern es gelten dabei nur diejenigen Grundsätze, welche bei anderen eine Schätzung nicht zulassenden Rechtssachen stattfinden[19]. Das bei Gelegenheit eines in Ehesachen eingewendeten Rechtsmittels einzuschlagende Verfahren weicht von dem Verfahren im ordentlichen Processe nicht ab[20].

§. 145.

Von der Hülfsvollstreckung in Ehesachen.

Die Vollstreckung rechtskräftiger Erkenntnisse in Ehesachen liegt dem Eherichte als dem Proceßgerichte ob. Der Impetrant hat sich daher mit seinem Hülfsgesuche an das Ehegericht zu wenden, von welchem die erforderlichen Auflagen zu erlassen sind. Nur mit der eigentlichen Hülfsvollstreckung d. i. der wirklichen Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel haben sich die Ehege-

---

14 B. Gesetz §. 20.

15 B. Gesetz §. 20 u. 21.

16 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 348 bei not. 10 fg.

17 Denn dieses ist die nächstvorgesetzte oberaufsehende Behörde. Auch erwähnt das C. Gesetz §. 62 am Ende nur die Beschwerden über das Vicariatsgericht.

18 Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts vom 16. Mai 1836.

19 Also wird gegen die vom Anwalte verschuldete Versäumniß an Fristen und Proceßhandlungen ohne vorgängige Excussion des Anwalts restituirt. Vergl. Kind Quaest. For. III, 100. Mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 174 bei not. 9. So hat auch das Ober-Appell.-Gericht mehrmals und namentlich im Jahre 1844 erkannt. Vergl. auch Mittheilungen aus dem Gebiete der Rechtspflege vom voigtländ. jurist. Vereine III, 1. p. 8 fg.

20 Vergl. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Pr. §. 331 fg. §. 344. 346. u. §. 348. Das bei dem ehemaligen Appellationsgerichte übliche Verfahren leidet in Ehesachen keine Anwendung. Verordnung vom 28. März 1835. §. 11. Das Verfahren bei Gelegenheit der in reinkatholischen Ehesachen eingewendeten Appellationen richtet sich auch nach dem Mandat v. 13. März 1822. Vergl. Anschlag des Vicariatsgerichts v. 30. Januar 1828.

richte nicht zu befassen, vielmehr zu diesem Zwecke dem ordentlichen Untergerichte Auftrag zu ertheilen, beziehendlich dasselbe hierzu zu requiriren[1]. Von diesen Grundsätzen ist der neuere Gerichtsbrauch in dem Falle abgegangen, wenn es sich um Vollstreckung einer für die Dauer des Ehestreits oder einer zeitigen Scheidung von Tisch und Bette rücksichtlich der Erziehung der Kinder und der vom Ehemanne der Ehefrau für sich und ihre Kinder zu verabreichenden Alimente getroffenen Anordnung handelt, indem die Bestimmung des §. 64. des C. Gesetzes vom 28. Januar 1835, daß das Ehegericht in solchen Fällen die Execution dem ordentlichen Richter zu überlassen habe, als gänzliche Ausschließung der Thätigkeit des Ehegerichts im Hülfsverfahren angesehen und angenommen wird, daß das Hülfsgesuch der selbständigen Cognition des ordentlichen Richters unterliege, demnach aber das Ehegericht keinen Auftrag zu ertheilen, beziehendlich nicht zu requiriren, vielmehr nur über die Zubilligung der Alimente und die Höhe derselben ein Attestat auszustellen und Alles Uebrige, namentlich schon die Feststellung des Liquidum und die Erlassung der Hülfsauflage der selbständigen Thätigkeit des ordentlichen Richters zu überlassen habe[2]. Eine eigenthümliche Art der Hülfsvollstreckung im Eheprocesse ist das Zwangs-

[1] S. schon Kirchenordnung v. 1. Januar 1580. „Von Execution derer Urtheile" C. A. I. p. 475 fg. Rescript vom 10. Februar 1800. C. II. C. A. I. p. 307. Rescript v. 16. September 1803. C. III. C. A. I. p. 136. Rescript v. 27. Januar 1804. C. III. C. A. I. p. 157. Rescript vom 12. Februar 1808. C. III. C. A. I. p. 173. Rescript v. 25. August 1808. C. III. C. A. I. p. 174. C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 64. Biener Syst. §. 307. Die in Ehesachen angedrohten Strafen können die Ehegerichte selbst ganz oder theilweise erlassen. Verordnung v. 18. April 1835. Vergl. Weber Kirchenrecht I. §. 31. p. 108. Aufl. II.

[2] Siehe namentlich die im Wochenblatte f. merkw. Rechtsfälle 1854 N. F. II, 73. p. 287 fg. mitgetheilte Entscheidung des Ober-App.-Gerichts und die daselbst 1848. VIII, 51. p. 199. abgedruckte Verordnung des Justizministeriums, wo ausgesprochen ist, daß sich der Impetrant unmittelbar an den ordentlichen Richter wenden dürfe, und daß es gleichgültig sei, in welcher Form die Execution dem ordentlichen Richter vom Ehegerichte überlassen werde, ob dadurch, daß der Partei auf das beim Ehegerichte angebrachte Hülfsgesuch eine beglaubigte Abschrift des Erkenntnisses nebst beigefügtem Zeugnisse der eingetretenen Rechtskraft mit der Weisung zugestellt werde, sich damit der Execution halber an das ordentliche Gericht zu wenden, oder auf die Weise, daß das Ehegericht dem Unterrichter das Gesuch nebst Abschrift des Erkenntnisses unter Erwähnung der Rechtskraft desselben direct zugehen lasse, um darauf Entschließung zu fassen. Vergl. auch Ackermann Rechtssätze N. F. I, 174. p. 331. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1850. X, 67. p. 311 fg. 1854 N. F. II, 82. p. 310 fg.

verfahren, womit der zu Fortsetzung der Ehe verurtheilte Ehegatte dazu und zu Erfüllung seiner ehelichen Pflichten angehalten wird[3]. Von den bei Gelegenheit der Hülfsvollstreckung im Eheprocesse gestatteten Rechtsmitteln ist bereits oben die Rede gewesen[4].

Zweiundzwanzigstes Capitel.

Vom Desertionsprocesse.

§. 146.

Vom Desertionsprocesse im Allgemeinen.

Der Desertionsproceß in seinem ganzen Umfange[1] unterscheidet sich von den übrigen Arten des Eheprocesses besonders dadurch, daß der Zweck des Klägers wenigstens zunächst nicht auf Annullirung oder Scheidung der Ehe, sondern auf Fortsetzung derselben und auf Nöthigung des Beklagten zu Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten gerichtet ist, welche demselben als Ehegatten obliegen. Erst dann, wenn der Beklagte zu Fortsetzung der Ehe rechtskräftig verurtheilt und die gesetzlich gebotenen Zwangsmittel gegen denselben ohne Erfolg angewendet worden sind, ist der Antrag des Klägers auf Scheidung der Ehe zulässig[2]. Demnach wird zu Anstellung des Desertionsprocesses in allen Fällen hartnäckige Weigerung des einen Ehegatten erfordert, die ihm als Ehegatten obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen. Man hat hierbei folgende Fälle zu unterscheiden: Entweder der verklagte Ehegatte hat sich einer Verletzung der ehelichen Pflichten dadurch

---

[3] S. unten §. 149 u. 150.

[4] S. oben §. 144.

[1] Carpzov Jurispr. Eccles. III, 5. Stryck Diss. de desertione conjugum malitiosa, Francof. 1687. Wernher Obs. For. P. I. Obs. 204. Kees Handbuch des protestant. Kirchenrechts, Leipzig 1791. §. 82. Kori Summ. Proc. §. 21. und vorzüglich Weber l. l. II. §. 131. p. 1252 fg. u. 1264. Lengnick l. l. §. 31. p. 114 fg.

[2] Eventuell kann der Antrag auf Scheidung der Ehe schon in der Klage gestellt werden.

schuldig gemacht, daß er von dem anderen Ehegatten in der Absicht, ferner nicht mit ihm zu leben[3], sich entfernt, oder sonst dem Zusammenleben Hindernisse in den Weg legt[4], oder daß er zwar mit demselben zusammenlebt, allein die Erfüllung der ihm während des Zusammenlebens obliegenden Pflichten, namentlich die Leistung der sogenannten ehelichen Pflicht im engeren Sinne, also die Ausübung des Beischlafs verweigert. In dem Falle, wenn der Beklagte den anderen Ehegatten verlassen hat, ist der Aufenthaltsort desselben entweder unbekannt oder bekannt, und im letzteren Falle entweder ein ausländischer oder ein inländischer. Das Verfahren im Desertionsprocesse ist aber verschieden; je nachdem der Beklagte entweder 1) an einen unbekannten Ort, oder 2) an einen bekannten Ort im Auslande, wo die gesetzlichen Zwangsmittel gegen ihn nicht angewendet werden können, oder 3) an einen bekannten Ort im Inlande entwichen ist. Das in diesem letzteren Falle vorgeschriebene Verfahren kommt auch dann zur Anwendung, wenn der entwichene Ehegatte an einem bekannten Orte im Auslande sich aufhält, wo die gesetzlichen Zwangsmittel wider ihn mit Erfolg gebraucht werden können, und wenn der Ehegatte sich zwar nicht entfernt hat, aber die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten verweigert. Nach der herkömmlichen, übrigens keineswegs zweckmäßigen Terminologie macht sich der Beklagte, wenn er den anderen Ehegatten verlassen hat und der Aufenthalt desselben unbekannt ist, der wirklichen, in allen übrigen Fällen der Quasidesertion schuldig, und unterscheidet man daher gewöhnlich zwischen dem Desertionsprocesse im engeren Sinne und dem Quasidesertionsprocesse[5]. Richtiger wird es sein, das Verfahren in dem oben unter 1. angeführten Falle als Percontationsverfahren, Desertionsverfahren im engeren Sinne[6], das Verfahren in dem unter 2. als Quasidesertionsverfahren[7], und das Verfahren in den übrigen Fällen, als

---

[3] Dem steht auch der Fall gleich, wenn der Ehegatte wegen begangener gröberer Verbrechen oder aus sonstigen den Gesetzen zuwiderlaufenden Ursachen flüchtig wird. Weber Kirchenrecht II. §. 131. p. 1252. Entfernung aus legaler Nothwendigkeit oder sonst aus rechtmäßigen Gründen gehört hierher natürlich nicht. Weber Kirchenrecht II. §. 131. p. 1252.

[4] Nur diese Fälle sollte man mit dem Namen „Desertion" belegen.

[5] Biener Syst. §. 308 u. 309. Weber l. l. II. §. 131. p. 1263 fg.

[6] S. unten §. 147.

[7] S. unten §. 148.

Zwangsverfahren[8] zu bezeichnen, und jede dieser verschiedenen Verfahrungsarten getrennt darzustellen[9]. Die Abhaltung eines Sühnetermins vor dem competenten Pfarrer wird in dem Falle, wenn der Aufenthaltsort des entwichenen Ehegatten ein unbekannter, oder zwar ein bekannter, aber ausländischer ist, nicht erfordert[10].

§. 147.

I. Vom Desertionsprocesse im engeren Sinne. Perconstationsverfahren.

Ist der Aufenthaltsort des Beklagten ganz unbekannt, so hat der Kläger[1] in seiner Klagschrift, welche zugleich als Antrag auf Criminaluntersuchung zu betrachten ist[2], ausdrücklich anzuführen, daß der Beklagte seit mindestens sechs Monaten abwesend sei und seit dieser Zeit keine Nachricht von sich gegeben habe[3], auch die sechsmonatliche Dauer der Abwesenheit und den Mangel jeder Wissenschaft von dem Aufenthalte und Leben des entwichenen Ehegatten mit einem Zeugniß derjenigen Obrigkeit zu belegen, in deren Bezirke der Entwichene vor seiner Entfernung sich wesentlich aufgehalten hat[4]. Zugleich muß der Kläger ausdrücklich versichern, daß er den jetzigen Aufenthaltsort des Beklagten nicht wisse und daß er denselben bereits vergeblich gesucht habe. Nach früherem Rechte mußte er diesen letzteren Umstand durch Beile-

---

[8] Vergl. unten §. 149 fg.

[9] Lengnick l. l. verwirft den Ausdruck „Quasidesertionsverfahren" gänzlich, indem er nur zwischen dem Desertionsverfahren und Zwangsverfahren unterscheidet. Indeß ist die dreifache Benennung übersichtlicher.

[10] C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 56.

[1] Dieß kann ebensowohl die Frau, als der Mann sein. Der Gerichtsstand ist nach dem Wohnorte des verlassenen Ehegatten zu bestimmen.

[2] Gesetz vom 3. April 1838. sub II. Strafgesetzbuch v. 11. August 1855. Art. 267. Renunciation auf den Antrag auf Bestrafung ist zugleich als Verzichtleistung auf die Scheidungsklage anzusehen. Nach erfolgter Ehescheidung wegen böslicher Verlassung kann der Antrag gar nicht mehr zurückgenommen werden. Ueber den Begriff und die Bestrafung des Verbrechens der böslichen Verlassung s. Strafgesetzbuch v. 11. August 1855. Art. 265 fg.

[3] Vergl. schon Rescript v. 21. April 1608. u. v. 26. Mai 1608. C. A. I. p. 1013. Carpzov Jur. Eccles. III, 5. def. 60. Wernher Obs. For. P. IV. Obs. 134. Weber l. l. II. §. 131. p. 1257. Lengnick l. l. §. 35. p. 125 fg.

[4] Biener Syst. §. 308. Kori Summ. Proc. §. 24. Weber l. l. p. 1255.

gung dreier Diligenzscheine — testimonia percontationis — sofort bescheinigen. Diese Diligenzscheine mußten von drei verschiedenen Gerichten ausgestellt sein, in deren Bezirke der Beklagte muthmaßlich sich aufhalten konnte und das Zeugniß enthalten, daß der Kläger nach dem entwichenen Ehegatten sich dort erkundigt habe und daß der Letztere dort sich nicht aufhalte[5]. Endlich hat der Kläger sofort bei Anstellung der Klage sich zum Diligenz- oder Desertionseide d. i. zur eidlichen Bestärkung des Umstands zu erbieten, daß ihm der derzeitige Aufenthalt des Beklagten unbekannt sei, auch die deßhalb angestellten Nachforschungen zu keinem Resultate geführt hätten. Nach Ermessen des Richters kann jedoch dieser Eid bis zur Definitivsentenz ausgesetzt werden[6]. Der Beibringung eines Zeugnisses über die sittliche Aufführung des verlassenen Ehegatten bedarf es nach der jetzigen Praxis nicht mehr[7]. Die Abhaltung eines Sühnetermins vor dem competenten Pfarrer ist natürlich in diesem Falle unmöglich[8]. Nach vorgängiger Prüfung der Zulässigkeit der Klage und des beigegebenen Belegs erläßt das Ehegericht, wenn der Kläger den gesetzlichen Erfordernissen genügt hat, unter Einräumung einer vollen Sächsischen Frist[9] eine Edictalladung[10] an den Beklagten, in welcher er denselben dilatorisch auffordert, in einem zu diesem Zwecke anberaumten Termine zu erscheinen und die Ehe mit dem Kläger fortzusetzen, auch auf die gegen ihn eingereichte Klage sich zu erklären[11]. Bleibt diese Ladung ohne Erfolg, so wird der Beklagte auf wiederholten Antrag des Klägers in einer zweiten Edictalladung ebenfalls unter Einräumung einer Sächsi-

---

[5] Weber l. l. p. 1258. not. 98. Siehe noch Carpzov l. l. III, 5. def. 58. Wernher l. l. P. IV. Obs. 134. Biener l. l. Kori l. l. Lengnick l. l.

[6] Weber l. l. Biener l. l. Kori l. l. Dieß geschieht sogar in der Regel. Biener l. l. Lengnick l. l. Vergl. unten bei not. 16.

[7] Weber l. l. p. 1257. Lengnick l. l. p. 126. not. 1.

[8] Vergl. C. Gesetz §. 56. u. oben §. 146 am Ende.

[9] Biener l. l. Kori l. l. Weber l. l. p. 1258.

[10] Von dieser gelten im Allgemeinen die oben §. 113 fg. angegebenen Erfordernisse. Ueber andere Fälle der öffentlichen Ladung im Eheprocesse siehe die von Ackermann Rechtssätze N. F. I, 152. p. 294 fg. mitgetheilte Verordnung des Justizministeriums.

[11] Biener l. l. Kori l. l. Weber l. l. p. 1256 fg. Vergl. hierzu schon Wernher l. l. P. I. Obs. 204. Leyser Med. ad Pand. Sp. 314. med. 2 u. 3.

schen Frist und zwar nunmehr peremtorisch vorgeladen, in einem anderweiten Termine zu erscheinen, die Gründe seines Nichterscheinens im ersten Termine zu bescheinigen und die Ehe fortzusetzen, oder sich zu gewärtigen, daß er für einen böswilligen Verlasser erklärt und die zwischen ihm und dem Kläger bestehende Ehe geschieden werden würde[12]. Bleibt auch diese Ladung erfolglos, so wird er auf nochmaligen Antrag des Klägers zu einem dritten Termine mit Sächsischer Frist zu Anhörung des Scheidungserkenntnisses edictaliter vorgeladen und mit der Publication dieses Erkenntnisses im Termine verfahren[13]. Sämmtliche Edictalladungen werden jedesmal in der Leipziger und in einer auswärtigen Zeitung, sowie in einem Provincial- oder Localblatte bekannt gemacht[14] und an einem innerhalb des Gerichtssprengels gelegenen dazu geeigneten Orte ausgehängt, ohne daß dieß Letztere als wesentliches Erforderniß der Gültigkeit der Edictalladung zu betrachten ist[15]. Im Erkenntnisse wird die Trennung der Ehe in dem Falle, wenn die Leistung des Diligenzeides bis dahin ausgesetzt worden war, von diesem Diligenzeide, im entgegengesetzten Falle aber nach Befinden von einem Gefährdeeide abhängig gemacht, worin der Kläger schwört, daß er bis zur Erlassung der dritten Ladung nicht gewußt habe, wo der Beklagte zu finden sei[16].

Erscheint der Beklagte im ersten Termine und erklärt er, die Ehe fortsetzen zu wollen, so kann der Kläger, bevor er dazu genöthigt wird, von ihm einen Eid darüber fordern, daß er die ehe-

---

[12] Erl. Pr.-O. X, 2, wo der Desertionsproceß ausdrücklich als ein solcher bezeichnet wird, in welchem die Bescheinigung der Ehehaften auferlegt werden könne.

[13] Carpzov l. l. def. 61. Berger Elect. Proc. Matr. §. 50. Kees Handbuch des protest. Kirchenrechts §. 82. Biener l. l. Kori l. l. Weber l. l. p. 1258. Lengnick l. l. §. 35. p. 126 fg. Nach der Praxis des Leipziger Appellationsgerichts unterbleibt diese dritte Edictalladung, indem die Parteien zur Publication des Scheidungserkenntnisses schon in der zweiten Edictalladung vorgeladen werden.

[14] Gesetz vom 27. October 1834. sub III. Nach älterem Rechte mußte die Edictalladung in den Zeitungen dreier verschiedener Territorien bekannt gemacht werden. Vergl. Hommel Rhaps. Obs. 132. Kori l. l. Weber l. l. p. 1258 fg.

[15] Gesetz v. 27. October 1834. sub III. Vergl. oben §. 114.

[16] Biener l. l. Weber l. l. p. 1263. Lengnick l. l. §. 35. p. 127.

liche Treue nicht verletzt habe[17]. Weigert sich der Kläger nach Leistung dieses Eides, die Ehe mit dem Beklagten fortzusetzen, so wird über die Gründe seiner Weigerung nach fruchtlos abgehaltenem Sühneversuche erkannt und nach vorgängiger rechtskräftiger Verurtheilung des Klägers zu Fortsetzung der Ehe gegen denselben nach Befinden das Zwangsverfahren eingeleitet[18]. Auf gleiche Weise wird in dem Falle gegen den Beklagten verfahren, wenn derselbe zwar im ersten Termine erscheint, aber die Ehe fortzusetzen aus ungenügenden Gründen sich weigert[19]. Vermag der erschienene Beklagte den vom Kläger geforderten Eid nicht zu leisten, so wird auf Antrag des Klägers die Ehe geschieden.

Die nämlichen Grundsätze gelten in dem Falle, wenn der Beklagte zwar im ersten Termine ausgeblieben ist, im zweiten aber erscheint und die Ehehaften bescheinigt, wodurch er am Erscheinen im ersten Termine behindert wurde[20]. Mislingt ihm diese Bescheinigung, so wird nach der Praxis mit der Ehescheidung keineswegs ohne Weiteres, sondern nur dann verfahren, wenn ein Theil der Fortsetzung der Ehe aus ungenügenden Gründen sich weigert und das in Folge dieser Weigerung eingeleitete Zwangsverfahren zu keinem Resultate führt[21]. Bleibt der Beklagte im zweiten Termine zwar ebenfalls aus, giebt er aber in diesem Termine, oder doch vor Erlassung der dritten

---

[17] Kori l. l. vergl. mit Weber l. l. p. 1257. not. 97. Lengnick l. l. §. 35. p. 128.

[18] Dieses findet nicht Statt, wenn der Kläger noch andere Gründe vorbringt, aus denen er zu Fortsetzung der Ehe mit dem Beklagten nicht genöthigt werden kann. Daher kann auch auf Beweis erkannt, oder bei sofort beigebrachtem Beweise die Ehe auf Antrag des Klägers geschieden werden.

[19] Derselbe wird also zur Fortsetzung der Ehe verurtheilt, wenn die von ihm angegebenen Gründe offenbar ungenügend sind. Im entgegengesetzten Falle wird entweder auf den Beweis der vorgebrachten Gründe erkannt, oder wenn dieser Beweis bereits vorliegt, auf Antrag des Beklagten geschieden. Nach rechtskräftiger Verurtheilung des Beklagten zu Fortsetzung der Ehe wird gegen denselben, sobald er sich weigert, dem Erkenntnisse nachzukommen, auf Antrag des Klägers das Zwangsverfahren eingeleitet. Vergl. darüber unten §. 149.

[20] Ueber diese Ehehaften s. mein Handbuch des Sächs. ordentl. Proc. §. 96.

[21] Griebner Discurs zur Erl. Proc.-Ordng X, 2. Weber l. l. II. p. 1261. Aufl. I. Strenggenommen läßt sich dieß nicht rechtfertigen. Denn die der zweiten Edictalladung beigefügte Verwarnung wird unter solchen Umständen illusorisch. Vergl. auch Kori l. l. u. oben bei not. 12.

Edictalladung von seinem Aufenthaltsorte unter sofortiger Bescheinigung desselben glaubhafte Nachricht, so darf mit Erlassung der dritten Edictalladung nicht verfahren werden. Vielmehr wird zuvörderst und bevor mit Scheidung der Ehe verfahren werden kann, ein Versuch gemacht, ob das Zwangsverfahren sich einleiten läßt[22]. Ist dieß unthunlich, oder führt das Zwangsverfahren zu keinem Resultate, so erfolgt auf Antrag des Klägers die Ehescheidung[23].

Das Erscheinen des Beklagten nach Erlassung der dritten Edictalladung nützt demselben nichts. Vielmehr wird in solchem Falle nach fruchtlos abgehaltenem Gütetermine[24] auf Antrag des Klägers mit Trennung der Ehe vom Bande verfahren[25], es müßte denn der Beklagte zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berechtigt sein[26]. Um übrigens die mannichfachen Schwierigkeiten zu vermeiden, mit welchen dieses Verfahren verbunden ist, kann der verlassene Ehegatte, wenn ihm neben der Desertion ein anderer Ehescheidungs- oder Annullationsgrund zur Seite steht, die Klage auf diesen letzteren stützen und den entwichenen Ehegatten, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, unter der Verwarnung des Eingeständnisses und der Ueberführung durch Edictalien vorladen lassen. Indeß wird in solchem Falle entweder sofort bei Anstellung der Klage die Leistung eines Gefährdeeides

---

22 So hat das Ober-Appell.-Gericht 1843 erkannt, als der Beklagte durch einen legitimirten Anwalt im zweiten Termine erschienen war und sofort bescheinigt hatte, daß er sich in Odessa aufhalte, auch sich zu Fortsetzung der Ehe erbot.

23 Mit der dritten Edictalladung wird aber in diesem Falle auch dann nicht verfahren, wenn das Zwangsverfahren nicht eingeleitet werden kann, da der Aufenthalt des Beklagten bekannt geworden ist, es müßte denn die Insinuation der Privatladung unthunlich sein.

24 Einen solchen wird das Ehegericht in diesem Falle abhalten müssen, um zu versuchen, ob sich der Kläger bewegen läßt, auf sein Recht, die Ehescheidung zu verlangen, freiwillig zu verzichten.

25 Kori l. l. A. M. ist Lengnick l. l. §. 35. p. 129, indem er die Sistirung des Desertionsprocesses in Folge der Rückkehr des entwichenen Ehegatten erst mit der Rechtskraft des Scheidungserkenntnisses ausgeschlossen wissen will.

26 Ehehaften, welche ihn am Erscheinen hinderten, genügen dazu nicht mehr. S. noch Rescript v. 12. Juni 1815. C. III. C. A. I. p. 182. in Betreff der aus dem Feldzuge von 1815 nicht zurückgekehrten Soldaten. Wurde der abwesende Ehegatte für todt erklärt, so bedarf es einer Scheidung natürlich nicht. Vielmehr genügt dann zum Beweise des Aufhörens der Ehe das Erkenntniß, worin der Verschollene für todt erklärt worden ist. Vergl. oben §. 122 fg.

erfordert, oder doch, wenn der Beklagte im Termine nicht erschienen ist, und deßhalb in contumaciam erkannt werden muß, das Contumacialerkenntniß von der Leistung eines Collusionseides abhängig gemacht, es müßte denn der geltend gemachte Ehescheidungs- oder Annullationsgrund durch Zeugen oder Urkunden voll bewiesen worden sein[27].

§. 148.

II. Vom Quasidesertionsprocesse.

Hat sich der Ehegatte, welcher sich der böslichen Verlassung schuldig gemacht hat, aus dem Inlande, wo er sein Domicil hatte[1], in das Ausland an einen bekannten Ort begeben, und ist derselbe sechs Monate lang nicht zurückgekehrt[2], so wird der Beklagte, ohne daß es eines vorhergegangenen Sühneversuchs vor dem competenten Pfarrer bedarf[3], zu einem anberaumten Verhörstermine erst dilatorisch bei Geldstrafe, und wenn er in diesem Termine ausblieb, peremtorisch unter der Verwarnung der Ueberführung und des Eingeständnisses und zwar unter Einräumung einer Sächsischen Frist vorgeladen, zu Behändigung dieser Ladungen aber die ausländische Obrigkeit requirirt[4]. Verweigert diese die Behändigung, so tritt an die Stelle der Privatladungen die Edictalladung[5]. Erscheint der Beklagte in keinem der anberaumten Termine, so wird in dem zweiten auf Ehescheidung erkannt, jedoch dieses Erkenntniß von einem Collusionseide

---

[27] Weber l. l. II. §. 131. p. 1261 fg.

[1] Dieß wird erfordert. Gegen Ausländer, welche sich vor der böslichen Verlassung im Inlande aufhielten, kann mit diesem Desertionsprocesse nicht verfahren werden. So hat das Justizministerium 1839 entschieden.

[2] Dieß wird nach Analogie des Rescripts vom 21. April 1608. C. A. I. p. 1013. für erforderlich gehalten — Weber Kirchenrecht II. §. 131. p. 1255. — ist aber dann unnöthig, wenn sich die bösliche Absicht des entwichenen Ehegatten ohnehin aus den Verhältnissen ergiebt, oder sonst nachgewiesen werden kann. Vergl. Lengnick l. l. §. 34. p. 124.

[3] C. Gesetz v. 28. Januar 1835. §. 56. u. oben §. 146 am Ende.

[4] Resolut. in consistorialibus 12. vom 27. Januar 1786. C. II. C. A. I. p. 291 fg. in der Ober-Lausitz bekannt gemacht durch Rescript vom 30. December 1785. C. II. C. A. III. p. 15 fg. Weber Kirchenrecht II. §. 131. p. 1254. Lengnick l. l. §. 34. p. 123.

[5] Weber l. l. §. 131. not. 91. p. 1252 fg. Nicht aber das oben §. 147. dargestellte Percontationsverfahren.

des zurückgebliebenen Ehegatten abhängig gemacht[6]. Stellt sich der Beklagte in einem der anberaumten Termine ein, weigert er sich aber, die Ehe fortzusetzen, so wird nach vergeblich angestelltem Sühneversuche ein Erkenntniß gefällt und der Eheproceß nach allgemeinen Grundsätzen fortgesetzt. Die Anstellung dieser Desertionsklage ist übrigens zugleich als Antrag auf Bestrafung des schuldigen Ehegatten anzusehen[7]. Dieser Antrag kann ohne gleichzeitige Verzichtleistung auf die Desertionsklage und nach erfolgter Ehescheidung gar nicht zurückgenommen werden[8]. Uebrigens wird zu Anstellung dieser Klage keineswegs erfordert, daß der entwichene Ehegatte im Auslande seinen bleibenden Aufenthalt genommen habe[9]. Nur muß die Entfernung desselben unter den Begriff der böslichen Verlassung fallen[10]. Auch leidet das angegebene Verfahren ebensowohl auf den Fall Anwendung, wo der Ehemann, als wo die Ehefrau sich in das Ausland begeben hat[11].

---

[6] Angez. Resolut. in consistorialibus 12. Vergl. Hommel Rhaps. Obs. 612.

[7] Gesetz v. 3. April 1838. sub II. Strafgesetzbuch v. 11. August 1855 Art. 267.

[8] Angez. Gesetz v. 3. April 1838. sub II. Angez. Strafgesetzbuch l. l.

[9] Also genügt auch nur temporärer Aufenthalt im Auslande. So hat das Justizministerium 1839 sich ausgesprochen.

[10] Auch darauf hat das Justizministerium 1839 ausdrücklich aufmerksam gemacht. Vergl. über den Begriff der böslichen Verlassung oben §. 146.

[11] So hat das Justizministerium in einer Verordnung v. 3. October 1837 die Resolut. in consistorialibus 12. ausdrücklich interpretirt. — Daß das angegebene Desertionsverfahren in dem Falle keine Anwendung leiden würde, wenn es notorisch wäre, daß die Gerichte des ausländischen Ortes, wo der Beklagte sich aufhält, auf Requisition die bei Gelegenheit des unten §. 149. dargestellten Zwangsverfahrens anzudrohenden Geld- und Gefängnißstrafen vollstrecken, kann kaum einem gegründeten Zweifel unterliegen. Vergl. unten §. 149 am Ende. Dagegen muß in dem Falle, wenn die Gerichte des ausländischen Orts, wo sich der Beklagte aufhält, auf Requisition zwar die Geldstrafen, nicht aber die Gefängnißstrafe vollstrecken, der in §. 148. dargestellte Desertionsproceß eingeleitet werden. Denn die Substituirung einer angemessenen Geldstrafe an die Stelle der Gefängnißstrafe ist gesetzlich nicht gestattet und dem Zwecke bei Personen, welche vermögend sind, keineswegs entsprechend. Daher ist in solchem Falle bisweilen der Ausweg getroffen worden, daß gegen den entwichenen Ehegatten zwar das unten §. 149. dargestellte Zwangsverfahren eingeleitet, an die Stelle der Gefängnißstrafe aber, unter Gestattung einer Sächsischen Frist die Vorladung zu einem Verhörstermine gesetzt und dieser Ladung für den Beklagten die Verwarnung beigefügt wurde, daß derselbe, falls er im Termine nicht erscheinen sollte, für einen böslichen Verlasser erklärt und die zwischen ihm und dem Kläger bestandene Ehe getrennt werden würde. Vergl. Lengnick l. l. §. 32. p. 122. not. 2. Solchen Ländern gegenüber, wo die Gerichte auf Grund eines Staatsvertrags in Strafsachen auf Requisition Sächsischer Gerichte fügen müssen, bietet sich noch das Auskunftsmittel dar, der bös-

§. 149.

III. Vom Zwangsverfahren. a. wegen Entweichung des Ehegatten.

Hält sich der entwichene Ehegatte an einem bekannten Orte im Inlande auf, so wird derselbe im Verhörstermine, zu welchem beide Parteien in gewöhnlicher Weise vorgeladen werden, zu Fortsetzung der Ehe verurtheilt, falls er nicht genügende Gründe seiner Abwesenheit anzuführen und zu beweisen im Stande ist[1]. Nach eingetretener Rechtskraft des auf Fortsetzung der Ehe lautenden Erkenntnisses wird der Beklagte, falls er nicht zurückgekehrt ist, auf Antrag des Klägers dazu bei einer nach den Verhältnissen zu bemessenden Geldstrafe[2], gewöhnlich bei 5 Thaler Strafe, dann auf abermaligen Antrag des Klägers bei verdoppelter Geldstrafe[3] und endlich auf nochmaliges Ansuchen des Klägers bei vierwöchentlicher Gefängnißstrafe[4] und zwar jedesmal unter Einräumung einer vierzehntägigen Frist vom Ehegerichte aufgefordert[5]. Nach fruchtloser Erlassung dieser Auflagen und nach Ablauf der in der dritten Auflage gestatteten Frist ertheilt das Ehegericht auf diesfallsigen Antrag des Klägers dem Untergerichte, in dessen Bezirke der ungehorsame Ehegatte sich aufhält, Auftrag zu Vollstreckung der verwirkten Strafen[6]. Hat

lichen Verlassung halber die Gestellung des entwichenen Ehegatten requisitionsweise zu beantragen und nachdem diese erfolgt, die Gefängnißstrafe vollstrecken zu lassen.

[1] Weber Kirchenrecht II. §. 131. p. 1263 fg. Bis hierher hat dieser Eheproceß nichts Eigenthümliches. Die Klagbitte ist auf Verurtheilung des Beklagten zu Fortsetzung der Ehe gerichtet. Eventuell kann damit auch die Bitte um Scheidung verbunden werden. Bringt der Beklagte genügende Gründe vor, welche ihn berechtigen, auf Ehescheidung anzutragen, so muß er damit gehört, nach Befinden zum Beweise gelassen werden. Ist dieser Beweis mislungen, so hat das Desertionsverfahren nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Fortsetzung der Ehe seinen Fortgang. Die Klage wird bei dem Ehegerichte des verlassenen Ehegatten erhoben. Resolutio in consistorialibus 12. vom 27. Januar 1786. C. II. C. A. I. p. 291 fg. Weber l. l. p. 1254.

[2] Verordnung v. 9. April 1836. §. 19. Verordnung v. 28. Octbr. 1840. vergl. mit Rescript v. 24. October 1800. C. II. C. A. I. p. 317.

[3] Verordnung v. 9. April 1836. §. 19. vergl. mit dem angez. Rescript v. 24. October 1800.

[4] Angez. Verordnung v. 9. April 1836. §. 19.

[5] S. schon Kirchenordnung v. 1. Januar 1850. „Von denen Ehegatten, so einander böslich verlassen" C. A. I. p. 475 fg. Eheordnung v. 10. August 1624. sub 3. C. A. I. p. 1019 fg.

[6] Vergl. oben §. 145. Das beauftragte Untergericht hat in solchem Falle

diese Vollstreckung in Betreff der verwirkten Geldstrafen keinen Erfolg, so tritt an die Stelle der Geldstrafen verhältnißmäßige Gefängnißstrafe[7]. Sind die Strafen verbüßt, so verfährt das Ehegericht auf Antrag des Klägers mit Anberaumung eines Gütetermins, zu welchem die Parteien bei Geldstrafe vorgeladen werden. Führt der in diesem Termine angestellte Sühneversuch zu keinem Resultate, so wird die bestandene Ehe auf Antrag des unschuldigen Theils[8] mittelst Erkenntnisses vom Bande geschieden[9]. Kann das bereits begonnene Zwangsverfahren aus dem Grunde nicht fortgesetzt werden, weil der entwichene Ehegatte sich heimlich entfernt hat und sein derzeitiger Aufenthaltsort unbekannt ist, so darf die Ehe nicht sofort geschieden werden. Vielmehr wird in solchem Falle das §. 147 beschriebene Percontationsverfahren eingeleitet[10].

Das nämliche Verfahren findet auch in anderen Fällen Anwendung, wo nach beendigtem Eheprocesse auf Fortsetzung

---

sofort mit der Vollstreckung der Gefängnißstrafe zu verfahren und dieselbe nicht als eine eventuelle zu betrachten, auch im Falle des Unvermögens die verwirkten Geldstrafen zu bezahlen, die vierwöchentliche Gefängnißstrafe ohne weiteres in eine siebenwöchentliche zu verlängern. Verordnung v. 28. October 1840.

[7] Angez. Verordnung v. 28. October 1840, wo bestimmt wird, daß abgesehen von der Verschiedenheit der angedrohten Geldstrafen im Falle des Unvermögens zu Bezahlung derselben, die zuerst angedrohte Geldstrafe in Eine Woche Gefängniß, die zweite verdoppelte Geldstrafe aber in Zwei Wochen Gefängniß verwandelt werden, nach demselben Verhältniß auch bei theilweise erlangter Zahlung dieser Geldstrafen die Verwandlung des nicht beizutreiben gewesenen Rests in Gefängniß erfolgen soll. Vergl. noch oben not. 6.

[8] Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 4. Juli 1835. sub I. Die Ehe wird also weder von Amtswegen, noch auf Antrag des schuldigen Ehegatten geschieden — siehe schon Rescript vom 4. April 1808. C. III. C. A. I. p. 174. und kann daher der unschuldige Theil nach Beendigung des Zwangsverfahrens die Klage auf Scheidung beliebig fallen lassen. Nehrhoff von Holderberg in der Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge IV, 6. p. 105 fg. und die dort dagegen geltend gemachten Bedenken. Vergl. auch Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1847. VII, 109. p. 356. Beantragt der unschuldige Theil in solchem Falle nicht die Scheidung, sondern die Verabreichung von Alimenten, so sollen darüber, sowie über die Verbindlichkeit, die in der Ehe erzeugten Kinder zu erziehen, die Ehegerichte cognosciren. Verordnung v. 5. August 1847. u. oben §. 130. not. 10.

[9] Rescript v. 4. April 1808. C. III. C. A. I. p. 174, wo ausdrücklich bestimmt wird, daß nach Verbüßung der Strafen kein weitläufiges Verfahren gestattet, sondern im Termine sofort verabschiedet werden soll. Durch die vom Beklagten nach abgesetztem Zwangsverfahren abgegebene Erklärung, daß er zu Fortsetzung der Ehe bereit sei, wird die vom Kläger verlangte Ehescheidung nicht abgewendet. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1849. IX, 115. p. 409 fg.

[10] So hat das Ober-Appell.-Gericht 1840 erkannt.

der Ehe rechtskräftig erkannt worden ist und eine der beiden Parteien, sei es der Kläger oder der Beklagte, die Ehe fortzusetzen, aus anderen Gründen sich weigert[11]. Namentlich ist dieß auch dann der Fall, wenn nach rechtskräftiger Verurtheilung des Beklagten zur Rückkehr im Desertionsprocesse, der Kläger sich weigert, den rückkehrenden Beklagten bei sich aufzunehmen, wo dann das dargestellte Zwangsverfahren auf gleiche Weise auf Antrag des verurtheilten Beklagten gegen den Kläger in Anwendung gebracht werden kann.

Jedenfalls muß dieses Verfahren analog auch in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn der abwesende Ehegatte sich zwar in das Ausland, aber an einen Ort begeben hat, wo auf Requisition des Ehegerichts die im Zwangsverfahren anzudrohenden Strafen sämmtlich vollstreckt werden, da in solchem Falle kein Grund vorliegt, zwischen dem Auslande und dem Inlande einen Unterschied zu machen[12].

§. 150.

Fortsetzung. b. wegen Verweigerung der ehelichen Pflichten.

Das Verfahren in diesem Eheprocesse stimmt mit dem oben §. 149 dargestellten Verfahren völlig überein. Der Beklagte wird also in dem nach vorgängigem Sühneversuche vor dem competenten Pfarrer, vom Ehegerichte anberaumten Güte- und Verhörstermine, wenn er sich hartnäckig weigert, die eheliche Pflicht zu erfüllen, auch keine genügenden Gründe dieser seiner Weigerung anzuführen vermag[1], zu Leistung der ehelichen Pflicht verurtheilt und dazu in dem oben §. 149 beschriebenen Zwangswege angehalten[2]. Blieb dieser erfolglos, so wird die Ehe, nach Verbüßung der verwirkten Geld- und Ge-

---

[11] Vergl. Mittheilungen aus dem Gebiete der Rechtskunde vom voigtländischen juristischen Vereine. Heft III, 1. p. 3. Weber Kirchenrecht II. §. 131. p. 1263 fg.

[12] Ueber den Fall, wenn zwar die Geldstrafen, nicht aber die Gefängnißstrafen auf Requisition vollstreckt werden, s. oben §. 148. not. 11.

[1] Denn mit solchen muß er gehört, nach Befinden zum Beweise gelassen werden.

[2] Rescript vom 28. October 1800. C. II. C. A. I. p. 317. Vergl. schon Rescript v. 25. Juni 1711. C. A. I. p. 1043.

fängnißstrafen, auf Antrag des unschuldigen Ehegatten[3] in einem vom Ehegerichte nochmals abgehaltenen Sühnetermine getrennt[4].

---

[3] Bekanntmachung des Ober-Appell.-Gerichts v. 4. Juli 1835. sub I. vergl. mit Rescript v. 4. April 1808. C. III. C. A. I. p. 174. u. oben §. 149. not. 8.

[4] Rescript vom 4. April 1808. C. III. C. A. I. p. 174. u. oben §. 149. not. 9. Vergl. Weber Kirchenrecht II. §. 131. p. 1264 fg.

Register.

§. zeigt die Paragraphe, p. die Seite und n. die Note an.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

J.

K.

L.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Officin der Verlagshandlung.